Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Vierzehnten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1813.

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

Lib. XIII. Tit. VII.
De pigneratitia actione.

§. 861.
Begriff von *pignus* und *hypotheca*. Unterschied zwischen beyden.

Der dritte Realcontract ist der Pfandcontract (contractus pigneratitius), welcher das Unterscheidende hat, daß er ein blos accessorischer Contract ist, der dazu dient, eine schon vorhandene Verbindlichkeit zu verstärken, so daß der Gläubiger wegen ihrer Erfüllung mehr gesichert ist. Er wird auch *pignus* schlechtweg genennt. Man verbindet aber mit dem Worte Pfand, *pignus*, bekanntlich einen dreyfachen Begriff. Es wird nämlich I) für Pfandrecht genommen, und dann versteht man darunter ein dingliches Recht, welches dem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung an der Sache eines Andern dergestalt zusteht, daß er sich in dem Falle, da die Schuld nicht gebührend bezahlt wird, an die Sache halten, und durch Veräusserung derselben aus ihrem Erlöß sich bezahlt machen kann [1]). II) Für den Gegenstand dessel-

1) Unter den ältern Rechtsgelehrten haben die Lehre vom Pfandrechte vorzüglich *Hug.* DONELLUS, *Franc.* BALDUINUS, *Mercur.* MERLINUS, *Gab.* MUDAEUS, *Reinh.* BACHOVIUS und *Ant.* NEGUSANTIUS in ihren Werken de pignoribus et hypothecis abgehandelt; unter den neuern ist Ernst Christ. Westphals

desselben, oder die verpfändete Sache selbst, welche man das **Pfandstück** nennt. Erhält der Gläubiger zugleich den Besitz der Sache, so ist dieß ein *pignus* im eigentlichen Sinn, und wird bey beweglichen Sachen ein **handhabendes Pfand**, oder **Pfandrecht**, oder auch ein **Faustpfand**,[2] bey unbeweglichen Gütern hingegen ein **Unterpfand** oder **Unterpfandsrecht** genennt. Wird aber die Sache ohne Uebergabe verpfändet, so heißt dies eine **Hypothek**, oder **Pfandverschreibung**, und dieses Wort wird ebenfalls sowohl für das **Recht** selbst, als für den **Gegenstand** desselben genommen. Ulpian sagt *L.* 9. §. 2. *D. de pigner. act.* Proprie *pignus* dicimus, quod ad creditorem transit; *hypothecam*, cum non transit nec possessio ad creditorem; und Florentinus bemerkt *L.* 35. §. 1. *D. eodem.* PIGNUS, manente proprietate debitoris, *solam possessionem* transfert ad creditorem. Der Unterschied besteht also darin. a) Eine **Hypothek** wird durch den bloßen Vertrag, ein **Faust-**

phals Versuch einer systematischen Erläuterung der sämmtlichen Röm. Gesetze vom Pfandrecht. Leipzig 1770 und und 1794. 8. die beste Schrift. Man verbinde jedoch noch damit *Io. Henr. Christ.* ERXLEBEN Principia de iure pignorum et hypothecarum. *Goett. 1779. 8.*

2) In der *L.* 238. §. 2. *D. de Verb. Signif.* wird das Wort *pignus* von *pugnus* abgeleitet, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. Allein Andere wollen das Wort *pignus* vielmehr von dem alten Worte *pago* oder *pigo* herleiten, welches soviel als iungo oder figo oder obligo heißt. S. MENAGIUS Amoenitat. iuris civ. cap. 39. VOSSIUS in Etymolog. v. *Pignus*, und *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. iuxta seriem Dig. Decad. 65. §. 1.

Faustpfand aber durch Uebergabe der verpfändeten Sache bestellt. Hierher gehört §. 7. *I. de action.* wo es heißt: PIGNORIS appellatione eam proprie rem contineri dicimus, *quae simul etiam traditur creditori*, maxime si *mobilis* sit. At eam, quae sine traditione *nuda conventione* tenetur, proprie HYPOTHECAE appellatione contineri dicimus. Diesem ist die *L.* 1. *D. h. t.* nicht entgegen. Denn wenn es daselbst heißt: *Pignus* contrahitur *non sola traditione*, sed etiam *nuda conventione*, etsi non traditum sit; so wird hier das Wort *pignus* für Pfandrecht im allgemeinen Sinn genommen [3]). b) Das pignus im eigentlichen Sinn giebt dem Gläubiger ein Retentionsrecht, welches er nicht nur wegen der Pfandschuld selbst, sondern auch wegen anderer Forderungen geltend machen kann, wofür das Pfand nicht gegeben ward [4]), vorausgesetzt, daß der Gläubiger den Besitz des Pfandes von dem Schuldner selbst durch Vertrag erhielt [5]). Ein solches Retentionsrecht ist hingegen bey einer Hypothek undenkbar, weil sie mit keinem Besitz verbunden ist. c)

3) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. ad L. I. D. h. t. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 3. et EMMINGHAUS ad *Eundem* not. **.

4) *L. un. Cod. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse.* S. WIESE Diss. de retentione pignoris tam ob eadem, quam ob diversa debita. *Rostochii 1780.* §. 13. *Io. Ant. Thilemann de* SCHENK Diss. de retentione pignoris ob aliud debitum chirographarium. *Bremae 1730.* und *Sam. Frid.* WILLENBERG Diss. de retentione pignoris. §. 14. in EIUS *Exercitation. Sabbathin.* P. II. Nr. XXXIV.

5) S. Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bem. 10.

Zum Pfande können ferner nur gegenwärtige Sachen gegeben werden. Allein eine Hypothek kann auch künftige Sachen zum Gegenstande haben. *L.* 15. *pr. D. de pign. et hypoth.* sagt: Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, *hypothecae* dari possunt; ut fructus pendentes, partus ancillae, foetus pecorum, et ea, quae nascuntur, sint hypothecae obligata. d) Gewöhnlich besteht ein *Pignus* in beweglichen, eine Hypothek aber in unbeweglichen Sachen [6]. Es ist jedoch dieser Unterschied nicht wesentlich. Denn so wie nach klaren Gesetzen auch unbewegliche Sachen zu einem Unterpfande eingeräumt werden können [7]; so können im Gegentheil bewegliche Sachen auch zur Hypothek verschrieben werden [8]. In Absicht auf das dingliche Recht hingegen, und die daraus entspringende hypothekarische Klage ist zwischen *pignus* und *hypo-*

6) *L.* 238. §. 2. *D. de Verb. Signif.* §. 7. *I. de action.* S. *Reinh.* BACHOVII Tract. de pignorib. et hypoth. Lib. I. cap. 1. und WALCH Introduct. in Controv. iuris civ. pag. 417.

7) *L.* 11. §. 1. *L.* 31. *D. de pignor.* *L.* 16. §. 2. *D. de pigner. act.* *L.* 9. *D. de oper. novi nunciat.*

8) *L.* 34. *D. de pignor.* S. *Io. Aug.* HELLFELD Diss. de hypotheca mobilium. *Ienae* 1743. Cap. 3. und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 712. Im Zweifel wird jedoch das auf beweglichen Sachen des Schuldners bestellte Pfandrecht eher für ein handhabendes Pfand, als für eine Hypothek gehalten. Daher werden auch dem Gläubiger an den ihm von dem Schuldner zur Sicherheit seiner Forderung übergebenen Schuldscheinen eines Dritten die Rechte eines handhabenden Pfandes ohne Bedenken eingeräumt, weil nach gemeinen Rechten ausgeliehene Capitalien als bewegliche Sachen des Schuldners betrachtet werden. S. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. 42.

hypotheca kein Unterschied [9]). Blos in dieser Beziehung sagt Marcian *L.* 5. §. 1. *D. de pign. et hypoth.* Inter *pignus* et *hypothecam* tantum nominis sonus differt, wie nicht nur aus der Inscription der angeführten *L.* 5. *de pign. et hypoth.* erhellet, welche so lautet: MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam* [10]); sondern auch in einer Stelle der Institutionen §. 7. *IV.* 6. *de actionib.* ausdrücklich gesagt wird, wo es heißt: Inter *pignus* autem et *hypothecam* (quantum *ad actionem hypothecariam* attinet) nihil interest. Nam de qua re inter creditorem convenerit, ut sit pro debito obligata: utraque hac appellatione continetur. Ein Faustpfand hat daher nach gemeinem Rechte vor der Hypothek keinen Vorzug [11]). Jedoch be-

 grün-

9) Daher werden die Ausdrücke *pignus* und *hypotheca* in den Gesetzen zuweilen als gleichbedeutend genommen. So wird die Hypothek pignus genennt *L. 17. §. 2. D. de pactis* und wiederum das pignus Hypothek *L. 5. §. ult. D. de pignor.* S. HUBERI Praelect. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 1. Auch die hypothekarische Klage wird deswegen nicht selten in den Gesetzen *actio pigneratitia* genennt. *L. 41. D. de pigner. act. L. 3. §. 3. D. ad exhib. L. 7. §. 12. D. Communi divid. L. 19. L. 30. §. 1. D. de except. rei iud. L. 5. Cod. Si res aliena pignori.* S. BRISSONIUS de Verb. Significat. voc. *Pigneratitius.* nr. 5. und BACHOVIUS de pignor. et hypoth. Lib. I. cap. 1. pag. 2.

10) S. VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 1. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LXXV. §. 3. und besonders *Bern. Henr.* REINOLDI Oratio de inscriptionibus Legum Digestorum et Cod. §. 10. in *Opuscul. iurid.* p. 574. sqq.

11) *L. 12. pr. et §. 10. D. Qui potiores in pignore.* S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXXIII. medit. 1.

gründet es eine persönliche Klage auf zurückgabe des Pfandes nach geschehener Befriedigung des Gläubigers, welche bey der Hypothek, deren Besitz bey dem Schuldner bleibt, undenkbar ist [12]).

§. 862.

Pfand-Contract. Contractus fiduciae; pactum hypothecae.

Unter *pignus* wird auch III. der Pfandkontract verstanden, welches derjenige Realkontract ist, wodurch dem Gläubiger eine Sache zur Sicherheit seiner Forderung mit der Bedingung übergeben wird, daß er sie nach erhaltener Befriedigung wieder zurückgebe. Davon unterschieden ist der Hypothekvertrag (*pactum hypothecae*), wodurch dem Gläubiger blos ein dingliches Sicherheitsrecht auf des Schuldners Gütern ertheilt wird, ohne ihm den Besitz derselben einzuräumen. Dieser ist ein prätorischer Vertrag, woraus jedoch der Prätor eine dingliche Klage (actio hypothecaria) giebt. Allein der Pfandkontract verdankt dem Civilrecht seinen Ursprung, und war schon seit den ältesten Zeiten der Römer verbindlich. Denn wahrscheinlich handelte die letzte der zwölf Tafeln von demselben [13]). Es werden aber dadurch nur persönliche Verbindlichkeiten unter den Contrahenten begründet, auf deren Erfüllung mit der *actio pigneratitia* geklagt werden kann. Hier ist nicht davon die Rede, daß der Gläubiger auch wirklich immer ein

12) Man sehe überhaupt *Iust. Henn.* BOEHMERI Diss. de diverso pignoris et hypothecae iure. *Halae 1718.* et in *Exercitat. ad Pandect.* Tom. III. pag. 802. sqq.

13) S. *Iac.* GOTHOFREDI Quatuor fontes iuris civ. pag. 157. nach der Genfer Ausgabe vom Jahr 1653. und im Thes. Otton. Tom. III. pag. 139.

ein Pfandrecht erhalte [14]). Denn es kann auch eine fremde Sache zum Pfande gegeben werden. Die Verbindlichkeit unter den Contrahenten ist hier begründet, wenn eine Sache dem Gläubiger zum Pfande gegeben worden ist, sie sey eine eigene Sache des Schuldners, oder eine fremde Sache. Es zeigt sich hierin ein wichtiger Unterschied zwischen der actio pigneratitia und der actio hypothecaria. Letztere setzt immer ein gültiges Pfandrecht voraus [15]). Denn sie ist eine dingliche Klage, die gegen jeden Besitzer des Pfandes Statt hat. Allein die actio pigneratitia ist eine blos persönliche Klage, welche nur unter den Contrahenten Statt findet. Hier verbindet schon der Contract den Gläubiger (re obligatur), das Pfand, nach erhaltener Bezahlung, zurückzugeben, wenn es auch dem Schuldner nicht gehört [16]). Allein wenn der Gläubiger sein Sicherheitsrecht gegen den dritten Pfandinhaber geltend machen will, so muß er beweisen können, daß ihm ein gültiges Pfandrecht bestellt worden sey. Daher sagt Noodt [17]) mit Recht: Multum interest, inter obligari pignori, et dari pignori. Priori casu res obligatur: posteriori *contrahentium personae tenentur: res libera est.* Um jedoch wieder auf den Pfandkontract zu kommen, so war ursprünglich die Form dieses Contracts zweyfach. Ehe nämlich der Prätor die actio hypothecaria eingeführt hatte, diente das Pfand dem Gläubiger nur

14) Man sehe vorzüglich *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 321.

15) *L. 6. Cod.* Si aliena res pignori data sit.

16) *§. 4. I. Quib. mod. re contrah. obligat.* *L. 9. §. 4. L. 22. §. 2. D. h. t.*

17) Cit. loc. et Lib. I. Observation. cap. 7.

nur so lange zur Sicherheit, als er dasselbe in Händen hatte. Verlohr er den Besitz, so hatte er anfänglich gegen den dritten Besitzer, der nicht der Schuldner war, gar keine Klage. Um ihm diese zu verschaffen, pflegte man dem Gläubiger entweder aussergerichtlich durch die Feyerlichkeit der Mancipation vor fünf Zeugen, oder gerichtlich durch ein cessio in iure mit dem Besitz auch das Eigenthum des Pfandes wiederruflich und unter der Bedingung zu überlassen, daß er es dem Schuldner remancipiren solle, sobald er von dem leztern seine Befriedigung erhalten hätte. Der auf solche Art mit dem Gläubiger geschlossene Pfandkontract wurde *Fiducia*, oder *contractus fiduciarius* genennt, so wie man im Gegentheil den Pfandkontract ohne die lex fiduciae nur schlechthin *pignus*, *depositum pignus*, oder *contractus pigneratitius* zu nennen gewohnt war [18]). Merkwürdig ist die den Unterschied zwischen *pignus* und *fiducia* erläuternde Stelle des **Isidorus** [19]) welcher sagt: PIGNUS est, quod propter rem creditam obligatur, cuius rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor, ceterum dominium penes debitorem est. FIDUCIA est, cum res aliqua, sumendae mutuae pecuniae gratia, vel mancipatur, vel in iure ceditur. Jedoch wurde auch die Sache selbst, deren Eigen-

18) S. *Ger.* NOODT Observation. Lib. II. cap. 7. *Ant.* SCHULTING ad Pauli Sentent. Recept. Lib. II. Tit. 4. et 13. in *Iurisprud. Antejustin* pag. 271. et 282. sq. IDEM Thes. controversar. Decad. L. Th 2 et 3. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. in Append. pag. 398. sq. *Franc. Car.* CONRADI Diss. II. de pacto fiduciae. *Helmst.* 1732. und **Westphals** Pfandrecht §. 63.

19) *Origin.* Lib. V. cap. 25.

genthum dem Gläubiger zu seiner Sicherheit unter der Bedingung der Remancipation war überlassen worden, *fiducia* oder *res fiduciaria* genennt [20]). Daher die Redensart *fiduciam distrahere* [21]). Der Name *Fiducia* entstand unstreitig daher, weil man dabey besonders auf die Treue und Ehrlichkeit des Gläubigers bauete. Es beweißt dies auch die Formel, deren sich der Schuldner bey Abschließung dieses Contracts bediente: *Ego hanc rem meam tibi mancupo, ut eam mihi remancupes, uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem* [22]). War nun dem Gläubiger das Pfand sub lege fiduciae mancipirt worden, so ward er so lange, als er die Sache noch nicht remancipirt hat, als wahrer Eigenthümer angesehen; er konnte sein Eigenthum nicht nur gegen jeden dritten Besitzer des Pfandes gerichtlich verfolgen, sondern auch das Pfand aussergerichtlich, wo er es fand, an sich nehmen [23]). Der Gläubiger konnte sich auch

20) PAULUS *Sentent. Recept. Lib. II. Tit. 13. §. 2. et 7.* et ad Eundem SCHULTING in *Iurisprud. Antejust.* pag. 286.

21 PAULUS *cit. loc. §. 1. et 3.*

22) S. CONRADI Diss. I. de pacto fiduciae §. 16. und Diss. II. §. 2.

23) *L. 66. D. de Rei vindicat.* PAULUS *Sentent. Receptar. Lib. V. Tit. 26. §. 4.* Creditor fiduciam et pignora apud se deposita persequi, et sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur. S. *Ant.* SCHULTING *Iurisprud. Antejust.* pag. 524. not. 30. 31. et 32. Als Eigenthümer konnte der Gläubiger auch das Pfand einem Jeden, wem er wollte, vermachen. S. PAULUS c. l. §. 6. Es fand hier sogar ein legatum vindicationis Statt, denn das Pfand war iure Quiritium Eigenthum des Gläubigers geworden. ULPIAN. *Fragment. Tit. 24. §. 7.* Hierauf soll sich beziehen, was Papinian *L. 9. §. 2. D. de supellect. legata* sagt: Supellectili sua omni legata, acceptum

auch die Früchte und Nutzungen des Pfandes zueignen, allein er mußte sie auf die Schuld abrechnen [24]. Bezahlte

ptum argentum pignori non continebitur: quia supellectilem suam legavit: utique *si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit*, sed propositum propter contractus fidem, ac restituendae rei vinculum. Sowohl Cujaz ad Papiniani responsa lib. VII. als *Ger.* NOODT Observat. Lib. II. c. 10. erklären die Worte *si non in usu pignoris* von dem contractu fiduciae. Jedoch lieset Noodt *Si non iuris creditoris* etc. und versteht unter ius, Eigenthum, und statt propositum lieset er *depositum*. Ihnen stimmen auch *Ant.* SCHULTING in Iurispr. Antej. p. 286. und Westphal im Pfandrecht §. 63. Not. 85, und im System der Lehre von den einzelnen Vermächtniß-Arten §. 521. bey, jedoch glaubt er, daß man die Worte in usu creditoris auch ohne Abänderung erklären könne, weil die Redensart in usu mancipioque sehr gewöhnlich war. Es werde also dadurch ein Besitz angedeutet, wozu man durch eine Mancipation gekommen sey. *Io. van de* WATER Observ. iur. Rom. Lib. I. c. 10. hält die Worte *in usu* für einen Tribonianismus. Denn Papinian habe: *si non fiduciae* geschrieben. Allein mit Recht verwerfen diese Erklärungen *Io.* IENSIUS in Strictur. ad iuris Rom. Pand. pag. 281. sq und *Io. Lud.* CONRADI Reprehensor. in observation. super iure civ. diversor. libro sing. pag. 121. sqq. Hat der Testator Jemanden seinen Hausrath vermacht, und es befindet sich darunter fremd Silber, welches demselben zwar nur als ein Pfand eingehändiget, wovon ihm aber der Gebrauch verstattet war, so ist dasselbe ohne Zweifel unter dem Legat mit begriffen, nämlich in sofern, daß auch der Legatar den Gebrauch davon hat, bis das Pfand eingelöset wird. S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. II. Tit. de legatis Nr. CCLXII. not. d. pag. 325.

24) PAULUS *Sent. Recept. Lib. II. Tit. 13. §. 2. L. 1. Cod. de pign. act.*

te der Schuldner, so fiel das Pfand nicht ipso iure wieder an denselben zurück, sondern der Gläubiger war zur Remancipation verbunden, weshalb dem Schuldner die *actio fiduciae directa* zustand, deren Formel war: *Aio te mihi fiduciam, quam tibi mancupavi, remancupare oportere, ut inter bonos bene agier oportet, et sine fraudatione* [25]). Hatte aber der Gläubiger wegen ausgebliebener Zahlung der Schuld das Pfand verkauft; so konnte der Schuldner mit jener Klage wenigstens den Ueberrest der Kaufsumme, welcher *hyperocha* [26]) genennt wird, fordern [27]). Dahingegen konnte auch der Gläubiger, wenn er des Pfandes wegen Kosten aufgewandt hatte, mit der *actio fiduciae contraria* auf deren Ersatz klagen [28]). Es erhellet aus dem Allen, daß es unrichtig sey, wenn Cujaz [29]) behauptet, daß der contractus fiduciae allemal mit der Lex commissoria verbunden gewesen sey, nämlich daß bey ausbleibender Bezahlung der Schuld das Pfand an den Gläubiger verfallen wäre [30]); obwohl nicht zu läugnen ist, daß vor Constantin dem Großen die lex commissoria dem Pfandkontract

25) S. CONRADI de pacto fiduciae Exercit. II. §. 6.

26) *L.* 20. *D. Qui potior. in pignore.*

27) PAULUS cit. loc. §. 1. SCHULTING c. l. pag. 283.

28) PAULUS *Sent. Recept.* cit. loc. §. 7. CONRADI Exercitat. II. cit. §. 7. et 8.

29) Ad PAULI *Sent. recept.* lib. II. Tit. 13. ad Rubricam.

30) Man sehe vielmehr *Iac.* GOTHOFREDUS Comm. ad L. un. Cod. Theodos. de commissoria rescindenda. Tom. I. p. 290. sqq. edit. *Ritter.* und *Ant.* SCHULTING ad Pauli Sent. Recept. p. 282. auch CONRADI Ex. I. de pacto fiduciae §. 20.

kontract gültig angehängt werden konnte [31]). Bey dem Pfandkontract, der ohne eine Mancipation oder eine in iure cessio geschlossen wurde, war alles ganz anders. Hier stand dem Gläubiger weder die rei vindicatio noch die actio publiciana zu [32]). Denn das Eigenthum blieb bey dem Schuldner, und der bloße Besitz ging auf den Gläubiger über [33]). Dieser simple Pfandkontract, der ohne die lex fiduciae geschlossen wurde, scheint nur bey den rebus nec mancipi üblich gewesen zu seyn [34]). Weil jedoch der contractus fiduciae mit manchen Schwierigkeiten verbunden war, indem auf diesem Wege nur römische Bürger ein wirksames Pfandrecht erlangen konnten, und bey der Handlung der Mancipation immer fünf mannbare Bürger, als Zeugen, mit einem libripens zugegen seyn mußten, oder auch, wie bey der cessio in iure, die Gegenwart des Prätors erforderlich war; der dabey unter den Gegenwärtigen auszusprechenden feyerlichen Worte nicht zu gedenken; so waren dies Gründe genug, welche den Prätor, zur Beförderung des gemeinen Verkehrs und Credits, veranlaßten, in seinem Edikt eine neue einfachere Art der Verpfändung einzuführen, welche ohne Tradition der Sache, und ohne alle Feyerlichkeiten durch einen bloßen, mündlich oder schrift=

31) *Cicero* Orat. *pro Flacco.* Cap. 21.

32) *L. 13. §. 1. D. de public. in rem actione.* Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit *Publicianum iudicium:* namque *pigneratitiae* et precariae possessiones iustae sunt, *sed ex his non solet competere tale iudicium:* illa scilicet ratione, *quia neque creditor*, neque is, qui precario rogavit, *ex animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.*

33) *L. 35. §. 1. D. de pignerat. act.*

34) ERXLEBEN de iure pignorum §. 22.

schriftlich eingegangenen Vertrag, geschehen konnte. Man nannte diese Art der Pfandbestellung zum Unterschied vom pignus traditum mit einem griechischen Namen, von ὑποτιθέναι, *hypotheca*. Ob die Sache eine res mancipi war, oder nicht, ob sie dem Schuldner ex iure Quiritium gehörte, oder sich nur in bonis desselben befand, war hierbey gleichgültig [35]). Der Prätor unterschied auch nicht zwischen Bürgern und Nichtbürgern [36]). Noch weniger kam es dabey auf gewisse Worte und Formeln an [37]). Die bloße Einwilligung der Paciscenten allein war zur Begründung eines Pfandrechts hinreichend. Die Hauptsache aber bestand darin, daß aus dem bloßen Vertrage, wodurch der Schuldner dem Gläubiger ein Pfandrecht auf seinem Vermögen bestellt hätte, ohne ihm jedoch das Pfand zu tradiren, eben sowohl gegen den Schuldner als gegen den dritten Besitzer sollte geklagt werden können [38]). Doneau [39]) hat die Worte des Edicts, nach Maasgebung der Gesetze des Titels de pignoribus et hypothecis, auf folgende Art zusammen gesetzt: *Si pro eo, quod ei debebitur, res aliqua pignoris hypothecaeve nomine obligata esse dicetur ab eo, cuius in bonis ea res est, aut alioqui, cui de*

35) *L. 15. §. 1. D. de pignor. et hyp.* *L. 6. Cod. Si aliena res pignori data sit.*

36) S. *Ger.* NOODT Observation. Lib. II. cap. 8.

37) *L. 4. D. de pignor. et hypoth.* *L. 23. §. 1. D. eodem.*

38) *L. 17. §. 2. D. de pactis.* De pignore iure honorario nascitur pacto actio. S. NOODT cit. loc. pag. 326. *L. 17. D. de pignorib. et hyp.* Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori.

39) Tr. de pignorib. et hypothecis. Cap. 1.

de ea re constituendi ius est: ei heredive eius, quoad pecunia solvetur, aut eo nomine illi satisfactum erit, in eum, qui eam rem possidebit, tenebitve, aut dolo malo fecerit, quominus possideret, actionem dabo, ut si ea res arbitrio iudicis non restituetur, quanti ea res erit, condemnatio sequatur. Diese dingliche Klage wird die hypothekarische Klage genennt, und findet in jedem Falle statt, dem Gläubiger mag eine Sache zum Pfand gegeben worden seyn, die er aber zufällig aus seinem Besitz wieder verlohren hat, oder eine Hypothek seyn constituirt worden [40]. Ursprünglich hieß sie *actio Serviana.* Fast alle nennen hier den Prätor Servius Sulpicius, als den Erfinder [41]. Allein auch davon abgesehen, daß die Klage alsdenn *actio Sulpicia* hätte heissen müssen; so war auch Servius Sulpicius weder praetor urbanus, noch peregrinus, sondern praetor quaestionum [42]. Solche Prätoren hatte keine Jurisdiction [43]; wie auch schon Anton Schulting [44]) und Ev. Otto [45]) erinnert haben. Es muß also

40) *L. 28. D. de pign. act. L. 18. Cod. de pignor.*

41) *Ant.* AUGUSTINUS de Nominib. propriis Pandectar. in Thes. iuris Rom. Otton. Tom. I. pag. 334. *Iac.* CURTIUS Εἰκαςῶν. Lib. III. cap. 39. Westphals Pfandrecht §. 262. Not. 293. S. 383. u. a. m.

42) Er hatte nämlich die quaestio peculatus. CICERO *pro Murena.* cap. 20. S. *Ev.* OTTONIS lib. sing. de vita, studiis, scriptis et honorib. Servii Sulpicii. *Traj. ad Rhen. 1737.* 8. Cap. X. §. 1.

43) TACITUS *Agric. cap. 6. Ev.* OTTO c. l. §. 2. pag. 145.

44) Thes. controversar. Decad. LXXVI. Th. 1.

45) Vita Servii Sulpicii Cap. X. §. 2.

also wohl irgend ein anderer Prätor aus der gens Servia der Erfinder jener Klage seyn 46). Soviel ist jedoch gewiß, daß die actio Serviana nur dem Vermiether eines praedii rustici wegen der ihm für das Pachtgeld verpfändeten Sachen des colonus Statt hatte, wegen welcher die Worte des Edicts nach der Restitution des Gerhard Noodt 47), so gelautet haben sollen: *Quae in fundum conductum a colono inducta, invecta, locator conventione eius, cuius in bonis sint, pro mercede sibi obligata esse dicet, de his illi, nisi arbitrio iudicis restituantur, adversus eum, qui possidebit, quanti res erit, iudicium dabo.* Erst in der Folge wurde sie erweitert, und auch jedem andern Pfandgläubiger ohne Unterschied gestattet, dem ein gültiges Pfandrecht, es sey durch den Pfandkontract, oder durch Hypothekverschreibung, bestellet worden. Nun erhielt sie den Namen der *actio hypothecaria*, oder *quasi Serviana* 48). Nachdem nun die Gläubiger ihres Pfandrechts wegen

46) VELLEIUS PATERCULUS Lib. II. cap. 15. gedenkt eines Prätors Servius.

47) Commentar. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. *Oper.* Tom. II. p. 432.

48) So lehrt uns Justinian §. 7. *I. de actionibus.* Item *Serviana* et *quasi Serviana*, quae etiam *hypothecaria* vocatur, *ex ipsius Praetoris iurisdictione* substantiam capiunt. *Serviana* autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur. *Quasi Serviana* autem est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Anderer Meinung ist jedoch Herr von Löhr in Grolmans Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 3. Bandes 1. Heft. Nr. IV. S. 129. ff. wo von ihm einige Bemerkungen über die dinglichen Pfandklagen vorkommen. Er glaubt nämlich, daß schon früher eine auf das Civilrecht sich gründende Klage, *vindicatio*

wegen eine dingliche Klage hatten, fing der contractus fiduciae an seltner zu werden. Unrichtig ist es jedoch, wenn

dicatio utilis, Statt gefunden habe, welche die Pfand- und Hypotheken-Gläubiger, so gut wie der Superficiar, der Emphyteuta und mehrere andere Nichteigenthümer gehabt hätten. Es werde dieses ganz ausdrücklich gesagt *L. 16. D. de Servitutibus.* Hier sage Julian: Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari, *sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur.* Allein offenbar ist die *utilis petitio fundi*, welche hier dem Pfandgläubiger gegeben wird, keine andere, als die *actio quasi Serviana*, wie auch WESTPHAL de libertate et servitut. praedior. §. 976. not. 853. ganz richtig bemerkt hat. Doch nicht genug. Ausser jener Klage soll der Faustpfandgläubiger auch noch die *actio pigneratitia*, wenn das Pfandrecht schon von Anfang gültig bestand, und sich die Sache im römischen Eigenthum des Schuldners befand, gehabt haben; in dem entgegengesetzten Falle aber habe die actio Serviana Statt gehabt, die sich zu der actio pigneratitia eben so, wie die Publiciana zu der rei vindicatio verhalten habe. Allein daß es ausser der prätorischen Pfandklage noch eine andere dingliche Klage nach dem Civilrechte gegeben habe, davon schweigt das ganze römische Alterthum. Auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen ad §. 7. I. de action. sagt kein Wort davon. Die deshalb angeführten Gesetze sprechen freylich von einer actio *pigneratitia in rem*; allein es ist ja Jedermann bekannt, daß hierunter keine andere als die prätorische Pfandklage verstanden wird, man sehe die Note 9. dieses Paragraphen. Es wird ja auch diese actio pigneratitia *L. 3. §. 3. D. ad exhib.* deutlich genug *pigneratitia Serviana* genennt. Soviel ist indessen richtig, daß wenn ein bonae fidei possessor, dem der Prätor die Publicianische Klage giebt, ein Pfandrecht auf der Sache bestellet, dem Gläubiger die hypothekarische Klage auch nur unter eben der Einschränkung zusteht, wie dem Schuldner die actio Publiciana.

Sie

wenn Cujaz [49]) behauptet, er sey vom Kr. Constantin dem Großen *L. ult. Cod. de pactis pignor.* aufgehoben worden, denn dieses Gesetz verbietet nur die Lex commissoria bey Verpfändungen [50]). Noch in einer neuern Constitution der Kr. Arcadius und Honorius [51]) wird der contractus fiduciae bestätiget [52]). Er hörte also eigentlich erst auf, nachdem Justinian [53]) den Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi aufgehoben hatte [54]). Daher ist es gekommen, daß in dem ganzen Corpus iuris nirgends weiter eine Spur davon gefunden wird.

Der Pfandcontract ist nun I. ein Realcontract, der seine Perfection erst durch die Uebergabe der Sache erhält. Hat jedoch der Schuldner eine Sache zum Pfande zu geben versprochen, so ist dieselbe schon vor der Uebergabe als eine Hypothek anzusehen, weil zur Bestellung

Sie kommt ihm nämlich alsdann nur gegen einen solchen Besitzer des Pfandes zu, der ein schwächeres Recht an der Sache hat, als der Schuldner. *L. 18. D. de pignor. et hypoth.*

49) Ad. PAULI *Sentent. Recept. Lib. II. Tit. 13.* ad Rubrum.

50) S. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 383. und *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad Leg. un. Cod. Theod. de lege commissor. rescind.

51) *L. 9. Cod. Theod. de infirmand. his, quae sub tyrann.*

52) *Sidonius Apollinar. Lib. IV. Ep. 24.* gedenkt auch des contractus fiduciae, als zu seiner Zeit noch gültig.

53) *L. un. Cod. de usucap. transform.*

54) S. NOODT Observation. Lib. II. cap. 8. und CONRADI Exercit. II. de pacto fiduciae §. 17. et 18.

lung derselben der bloße Vertrag genügt [55]). Hieraus erklärt sich, wenn **Ulpian** *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* sagt: Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus, et aes dederit, obligaverit aurum pignori? et consequens est, ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint; und **Anton Faber** [56]) bemerkt hierbey ganz richtig: Etsi traditione *pignus* proprie constituitur, non tamen ita accipi debet, *ut incipiat pignus a traditione*, quamvis inutilis traditio est, nisi praecesserit consensus de re obliganda; quo consensu praecedente inutilis quoque traditio est ad pignoris obligationem constituendam, *quae iam satis nudo consensu constituta est.* Ist aber die Uebergabe erfolgt, oder der Gläubiger hat sonst den Besitz des Pfandes, sey es auch durch die hypothekarische Klage, erhalten, so ist von der Zeit an auch die *actio pigneratitia* begründet, welche dann dem Schuldner besonders in dem Falle zu statten kommt, wenn der Gläubiger beym Verkaufe des Pfandes betrüglich verfahren, oder dafür mehr gelößt hat, als die Schuld beträgt [57]). Der Pfandcontract ist II. ein bonae fidei Contract, welcher mehr nach der Billigkeit, und der vermuthlichen Intention der Partheyen, als nach einer formularischen Strenge des Rechts zu beurtheilen ist. Es wird III. zu dessen Gültigkeit kein schriftlicher Aufsatz erfor-

55) S. BACHOVIUS de pignorib. et hypoth. Lib. V. cap. 18.

56) Rational. in Pand. ad L. 1. §. 1. D. h. t.

57) *L. 34. D. de damno infect. L. 11. §. 5. D. de pign. act. Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. L. Th. 4. und BACHOV c. l. pag. 450. sq.

fordert [58]), sondern die bloße Uebereinkunft der Partheyen, das bloße mündliche Versprechen, und die Vollziehung desselben durch die Uebergabe des Pfandes ist zur Perfection desselben hinreichend. Die Scriptur pflegt nur um des Beweises willen hinzuzukommen [59]). Es schadet daher auch der Gültigkeit des Contracts nichts, wenn gleich der Aufsatz fehlerhaft seyn sollte [60]), es wäre denn, daß die Gültigkeit des Contracts davon wäre abhängig gemacht worden [61]). IV. Betrug, Zwang und Irrthum haben auch hier dieselbe Wirkung, wie bey andern Verträgen. Jedoch ist hier wohl zu bemerken, daß wenn der Pfandcontract des Zwanges wegen für ungültig gehalten werden soll, der Schuldner wider seinen Willen müße genöthiget worden seyn, Geld, was er doch weder brauchte, noch verlangte, gegen das ihm abgezwungene Pfand anzunehmen. Hätte der Schuldner das Geld verlangt, der Gläubiger ihm aber solches nicht anders borgen wollen, als gegen Pfandgebung, und der Schuldner, weil er in Noth war, und das Geld brauchte, hierdurch sich gedrungen gesehen, dem Gläubiger, obgleich ungern, ein Pfand zu geben; so kann sich der Schuldner unter diesen Umständen über keinen widerrechtlichen Zwang beschweren. Denn man kann es keinem Gläubiger verdenken, wenn er sein Geld nicht ohne Sicherheit wegleihen will. Dies ist der Sinn der *L. 4. Cod. de pignor.* wo es heißt: Cum te pecu-

58) *L. 12. Cod. de pignor. et hypoth.*

59) *L. 4. D. de pignor.*

60) *L. 34. §. 1. D. eodem.*

61) BACHOVIUS Tr. de pignorib. Lib. I. cap. 3. nr. 2. ERXLEBEN Princip. de iure pignor. §. 42.

niam accepisse, et agros tuos obligasse fatearis, non habes rationem, quod querεris, vi te coactum pignori dare. Si igitur recipere vis rem tuam, solve creditori tuo pecuniam debitam. In einem solchen Falle nun, wo der Pfandcontract wegen Mangels der Einwilligung nichtig ist, giebt er nicht einmal ein Retentionsrecht, wenn auch der Fiskus an des Gläubigers Stelle treten sollte. *L.* 25. *D. de pignor.* Cum vitiose et inutiliter contractus pignoris intercedat, *retentioni locus non est*: nec si bona creditoris ad fiscum pertineant. V. Der Pfandcontract kann zwar eben sowohl unter Abwesenden, als unter Gegenwärtigen geschlossen werden. *L.* 23. §. 1. *D. eodem* sagt ausdrücklich: Pignoris obligatio etiam inter absentes recte contrahitur. Ob er aber auch durch einen Bevollmächtigten dergestalt geschlossen werden könne, daß der Prinzipal daraus alle Rechte und Verbindlichkeiten eben sowohl erhält, als wenn er selbst contrahirt hätte, war vor Justinian vielem Zweifel unterworffen, wie aus *L.* 11. §. 6. *D. de pignor. actione* erhellet, wo es heißt: Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur, adeo ut ne *per procuratorem* plerumque vel tutorem acquiratur: et ideo ipsi actione pigneratitia convenientur. Sed nec mutat, quod constitutum est ab Imperatore nostro [62]), posse per liberam personam possessionem acquiri. Nam hoc eo pertinet, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem apprehendere, ipsam autem obligationem

tionem

62) Es wird hier die Verordnung des Kaisers Severus *L.* 2. *Cod. de acquir. possess.* gemeint.

tionem libera persona nobis *non semper* [63]) acquiret. Es lag hier die Regel des ältern Rechts zum Grunde, daß Niemand durch eine freye Person Rechte erwerben, noch zu Etwas verbindlich gemacht werden könne. Da jedoch durch das neuere Recht diese Regel auf mancherley Art modificirt worden ist, wie schon an einem andern Ort [64]) gezeigt worden; so ist auch nach einer neuern Verordnung des Kaisers Justinian insonderheit in Ansehung des Pfandcontracts aller Zweifel gehoben, und es kann nun dieser Contract durch einen Bevollmächtigten mit eben der Wirkung, als in eigener Person, geschlossen werden. Si enim, sagt Justinian *L. 2. Cod. Per quas personas nobis obligat. acquirit.* procuratori necessitas legibus imposita est, domino contractus cedere actionem; quare, quemadmodum in personali actione cessio supervacua videbatur, non etiam in pignoribus et hypothecis simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem, sive pignoris vinculum vel retentionem sibi acquisitam? Schon vor Justinian war beym Darlehn Rechtens, daß wenn Jemand auf eines andern Namen Geld ausliehe, es mochte dies nun sein, des Ausleihers, Geld, oder Geld des Andern seyn, auf dessen Namen dasselbe ausgeliehen wurde; letzter aus solchem Contract gegen den Schuldner klagen konnte, ohne daß

 er

63) Die Worte *non semper*, so wie das in den Anfangsworten vorkommende *plerumque* wird für einen Zusatz des Tribonians gehalten. S. CUJACIUS in Not. ad §. 5. I. Per quas person. cuique acquirit. Allein man sehe dagegen über diese Stelle Westphals Pfandrecht §. 56. Not. 77.

64) S. den 4. Theil dieses Commentars §. 343.

er von dem Ausleiher erst eine Ceßion zu erhalten nöthig gehabt hätte [65]). Dennoch konnte der Ausleiher keinen Pfandcontract zum Nutzen des Andern schließen, für den er das Geld ausgeliehen hatte. Hierzu fand Justinian keinen hinreichenden Grund. Daher hob er die Spitzfindigkeit des ältern Rechts auf. VI. Der Pfandcontract verpflichtet den Gläubiger, die zum Unterpfande erhaltene Sache nach getilgter Schuld dem Verpfänder unweigerlich zurückzugeben [66]).

§. 863.

Welche Sachen können ein Gegenstand des Pfandcontracts seyn?

Zum Unterpfande können alle Sachen gegeben werden, wenn sie nur dem Gläubiger Sicherheit zu gewähren im Stande sind. Da nun die Sicherheit des Gläubigers hauptsächlich darin besteht, daß er, im Falle der unterbleibenden Bezahlung der Schuld, das Pfand zu seiner Befriedigung zu veräussern befugt ist; so ergiebt sich daraus die allgemeine Regel, welche uns **Cajus** giebt, wenn er *L. 9. §. 1. De de pignoribus* sagt: Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest [67]). Auf die Art der Sachen kommt es nicht an. Es

65) *L. 9. §. 8. D. de reb. cred.*

66) *L. 1. §. 6. D. de obligat. et action.*

67) Diese Stelle steht eigentlich in den Pandecten nicht an ihrem rechten Orte. Denn C a j u s handelte *Libro 9. ad Edictum provinciale*, woraus dieselbe, wie die Ueberschrift lehrt, genommen ist, von der actio pigneratitia, welche aus dem P f a n d c o n t r a c t entspringt, wie aus *L. 10.* und *L. 12. D.*

Es können daher sowohl bewegliche, als unbewegliche, körperliche und unkörperliche Sachen zum Pfande gegeben werden. Zu den unkörperlichen Sachen, welche ein Gegenstand der Verpfändung seyn können, gehören z. B. Obligationen und Schuldforderungen (cautiones, nomina). Der Pfandinhaber kann hier, wenn ihn der Verpfänder nicht befriediget, actione utili gegen den Schuldner, auf dem die verpfändete Activpost haftet, auf die Bezahlung der Schuld klagen [68]). Das erhobene Geld rechnet dann der Gläubiger auf

D. de pignor. act. erhellet. Sie hätte also unter den Titel de pigneratitia actione gesetzt, und nicht dem Titel de pignoribus et hypothecis einverleibt werden sollen, wie auch *Ger.* NOODT Observation. Lib. I. cap. 7. ganz richtig bemerkt hat. Es ist daher ein großer Unterschied, wenn man fragt, welche Sachen ein Gegenstand des Pfandcontracts seyn, und welche gültig verhypothecirt werden können. Denn da der Pfandcontract blos persönliche Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringt, so können auch fremde Sachen eben so gut zu einem handhabenden Pfande gegeben werden, als sie ein Gegenstand des Kaufcontracts seyn können. *L. 9. §. 4. D. de pign. act.* verglichen mit *L. 28. D. de contrah. emt.* Dahingegen ist die auf fremden Gütern bestellte Hypothec ganz ungültig, indem daraus keine Pfandklage gegen den dritten Besitzer entsteht, als welche jederzeit voraussetzt, daß die Sache des Verpfänders Eigenthum sey. *L. 6. Cod. Si aliena res pignori data sit.* Man sehe auch Westphals Pfandrecht §. 106. Not. 128. und *Pet.* FABRI Semestrium. Lib. II. cap. 17.

68) *L. 7. Cod. de heredit. vel act. vend.* Postquam eo decursum est, *ut cautiones quoque debitorum pignori dentur*: ordinarium visum est, post nominis venditionem *utiles* emtori, sicut responsum est, vel *ipsi creditori postulanti dandas actiones.* Da der Käufer einer Schuldforderung ohne Zweifel diejenige

auf seine Forderung ab. Besteht aber die Schuld in andern Sachen, welche der Beklagte dem Verpfänder zu geben hatte, so behält er dieselben als Pfand [69]). Es muß nur aber dem dritten Schuldner von der geschehenen Verpfändung Nachricht gegeben werden, weil sonst derselbe die Schuld an seinen Gläubiger bezahlen, und dadurch das einem Andern daran gegebene Pfandrecht vernichten könnte [70]). Auch Servituten können als ein Pfand eingegeben werden, und zwar nicht nur persönliche, z. B. der Nießbrauch, so daß der Gläubiger die Früchte genießen soll, bis die Schuld hierdurch getilgt ist; [71]) sondern auch dingliche Servituten. Zwar

jenige Klage utiliter erheben kann, welche der Verkäufer der Forderung ursprünglich gegen den Schuldner anstellen konnte, so ist auch wohl die Klage des Pfandgläubigers keine andere. S. Westphals Pfandrecht §. 141. Not. 165.

69) *L. 18. pr. De de pigner. act.* Si convenerit, *ut nomen debitoris mei tibi pignori sit*, tuenda est a Praetore haec conventio: ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo, si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis. Si vero corporis alicuius, id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

70) *L. 4. Cod. Quae res pignori.* Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, iam pridem placuit. *Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur*: quatenus tamen ipse debet. S. *Fratrum* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. 68. nr. 7. sqq.

71) *L. 11. §. 2. L. 15. pr. D. de pignor. et hypoth. L. 8. D. Quib.*

zwar sind Servitutes urbanae auf keinen Fall dazu geeigenschaftet [72]). Allein eine Servitus rustica kann dem Gläubiger als Pfand auf einem Grundstück seines Schuldners mit der Wirkung eingeräumt werden, daß er solche, wenn er ein benachbartes Grundstück hat, zum Nutzen desselben bis zur erfolgten Bezahlung der Schuld ausüben, und wenn er nicht befriediget wird, an einen andern Nachbar verkaufen kann [73]). Hier wird also die Servitut erst pfandweise bestellt. Dingliche Dienstbarkeiten hingegen, welche schon auf

Quib. mod. pign. vel hyp. solvit. Der Usus kann zwar nicht verpfändet werden. Denn in der *L. ult. D. de Usuris et fruct.* wird die Verpfändung der Sache blos zum fructus rei gerechnet. S. *Ant.* FABRI Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 8. In Ansehung der Habitation hingegen waltet kein Zweifel ob. S. *Casp. Achat.* BECK Diss. de oppignoratione servitutum. *Ienae 1729. §. 18.* Ueberall ist jedoch eigentlich nur der Genuß, nicht das Recht selbst dasjenige, was den Gegenstand der Verpfändung ausmacht, wie *Greg.* MAJANSIUS in Disputationib. iuris civ. Tom. I. Disput. 4. §. 24. sqq. pag. 84. sqq. sehr ausführlich gezeigt hat.

72) *L. 11. §. 3. D. de pignorib.* Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt. Igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.

73) *L. 12. D. de pignor. et hypoth.* Sed an viae, itineris, actus, aquae ductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse *Pomponius* ait, ut talis pactio fiat, *ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur; scilicet si vicinum fundum habeat: et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat.* Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. Daß diese Stelle von einer solchen Servitut redet, welche der Eigenthümer seinem Gläubiger pfandweise constituirt, wird auch durch die *Basilica*

auf einem Grundstück activ haften, können ohne das Grundstück nicht verpfändet werden, weil sie sich davon nicht trennen lassen [74]). Wird jedoch das Guth verpfändet, dem sie zustehen, so sind sie stillschweigend unter dieser Verpfändung mit begriffen [75]). Daß auch fremde Sachen ein Gegenstand des Pfandcontracts seyn können, leidet keinen Zweifel [76]). Zwar ist die Verpfändung in Ansehung des Eigenthümers der Sache ungültig, wenn er nicht ausdrücklich oder stillschweigend eingewilliget hat. Dieser kann seine Sache vindiciren [77]), es wäre denn, daß er um die Verpfändung von Anfang gewußt, und, um den Pfandgläubiger in Schaden zu bringen, sich aus Ge-

Basilica Tom. IV. pag. 35. bestärkt, wo es bey Fabrot heißt: Δυνατὸν δὲ συμφωνεῖν, ἔχειν με κατὰ τῆ ἀγρογείτονος ὁδόν ςενὴν καὶ πλατεῖαν, καὶ ὑδραγώγιον, ἕως οὗ τὸ χρέος καταβληθῇ μοι· καὶ ἐὰν μὴ καταβληθῇ ἐμπροθεσμως, ἐξεῖναι μοι ταῦτα πιπρασκειν. i. e. *Valet autem conventio, ut liceat mihi ire, agere, et aquam ducere per fundum vicini, donec pecunia mihi solvatur: et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas* (sc. servitutes) *mihi liceat.* S. VINNIUS Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 32. LYKLAMA Membranar. Lib. VII. Eccl. 45. CHARONDAS Verisimil. Lib. I. nr. 7. in Thes. *Otton.* Tom. I. pag. 698. Westphal §. 139. Not. 163.

74) S. *Ant.* FABRI Conjectur. iur. civ. Lib. XIX. cap. 6. et 7.

75) *L. 16. D. de Servitut.*

76) Ernst. Christ. Westphals rechtliche Abhandlung von Verpfändung fremder Güter. Halle 1779. 4. und *Christ. Gottl.* GMELIN Commentat. iuris civ. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. *Ulmae 1778. 8.*

77) *L. 6. Cod. Si aliena res pignori. dat.*

Gefährde nicht gemeldet hätte [78]). Eben so wenig ist sie gegen den dritten Besitzer der Sache von Wirkung. Gegen diesen findet die hypothekarische Klage nicht statt, weil der Gläubiger das Eigenthum des Schuldners beweisen muß [79]). Allein unter den Contrahenten ist die Verpfändung fremder Sachen gültig, und es entstehen daraus eben die Rechte und Verbindlichkeiten, welche aus der Verpfändung eigener Sachen entstehen, es muß nur der Gläubiger nicht gewußt haben, daß das Pfand einem Dritten gehöre, wenn er wegen der Entwährung eine Forderung an den Schuldner haben soll [80]). Der Gläubiger ist daher verbunden dem Schuldner, wenn dieser Zahlung leistet, das Pfand zurückzugeben, und es wird in dieser Hinsicht auch sogar dem Prädo die actio pigneratitia gestattet [81]). Der Schuldner hingegen haftet dem Gläubiger wegen der Entwährung [82]). Ich habe hierbey noch Folgendes zu bemerken.

I) Da

78) *L.* 2. *Cod. eodem.*

79) *L. 15. §. 1. D. de pignor. L. fin. §.* 2. *Cod. Communia de legat.* et tot. Tit. Cod. *Si aliena res pign. data sit.* VIII. 16.

80) *L. 16. §. 1. D. h. t.* Sed si *sciens creditor* accipiat, vel alienum, vel obligatum, *contrarium* (sc. iudicium) *ei non competit.*

81) *L. 9. §. 4. D. de pign. act.* Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest *pigneratitia* experiri. — *L.* 22. *§.* 2. *D. eodem.* Si praedo rem pignori dederit: competit ei et de fructibus *pigneratitia actio.*

82) *L. 16. §. 1. D. h. t.* Contrariam pigneratitiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam — dedit, tenebitur: quamvis et stellionatus crimen committet. Sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? Et quantum

I. Da die Verpfändung fremder Sachen wenigstens unter den Contrahenten gilt, so hat es keinen Zweifel, daß auch selbst die hypothekarische Klage gegen den Verpfänder Statt findet. Denn wollte er einwenden, er sey nicht Eigenthümer, so würde ihm die replicatio doli entgegengesetzt werden können.[83])

II. Wird derjenige, der eine fremde Sache verpfändet hat, in der Folge Eigenthümer, so kommt es darauf an, ob der Gläubiger gleich anfangs gewußt hat, daß die Sache einem Dritten gehöre, oder nicht. In dem letztern Falle convalescirt die Verpfändung, und dem Gläubiger wird der Billigkeit wegen die actio hypothecaria utilis gestattet. In dem ersten Falle hingegen kommt ihm nur ein Retentions-recht

tum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat.

83) *L. 21. §. 1. D. de pignorib.* Si debitor servum, quem a non domino bona fide emerat, et pignoravit, teneat, *Servivianae* locus est: et si adversus eum agat creditor, *doli replicatione* exceptionem elidet. Daß der Verpfänder die Sache bona fide gekauft hatte, war wohl hier ein ganz gleichgültiger Umstand, und die hypothekarische Klage würde daher eben sowohl auch in dem Falle gegründet seyn, da der Verpfänder die Sache mala fide gekauft hätte. Ulpian scheint also den Fall wohl nur darum gewählt zu haben, um damit anzudeuten, daß der Pfandgläubiger wenigstens immer in bona fide seyn müße. Denn wuste der Gläubiger um die Beschaffenheit der Sache, so kann ihm die Verpfändung nichts helfen. Dolus nemini debet prodesse. S. Westphals Pfandrecht §. 270. Not. 300. S. 391. und GMELIN Commentat. de iure pignoris, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 14.

recht zu statten, insofern er sich in dem Besitz des Pfandes befindet; allein auf die hypothekarische Klage kann er auf keine Weise Anspruch machen. Auf diese Art sind folgende Gesetzstellen zu vereinigen.

L. 41. pr. D. h. t. Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus eius rei esse coepisti: *datur utilis actio pigneratitia creditori.*

L. 5. Cod. Si aliena res pignori dat. Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est: sed tamen aequitatem facere, *ut facile utilis persecutio exemplo pigneratitiae detur.*

L. 1. pr. D. de pignorib. et hypoth. Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita: postea debitori dominio quaesito, *difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur; sed facilior erit possidenti retentio.*

In der letztern Gesetzstelle unterscheidet Papinian zwischen einem General- und Special-Unterpfande. Da ersteres sich auch auf das künftige Vermögen des Schuldners erstreckt, so schadet es der Gültigkeit der Verpfändung nicht, wenn auch der Schuldner erst nachher das Eigenthum einer dazu gehörigen Sache erworben hat [84]). Wenn

84) *L. fin. Cod. quae res pignori.* GMELIN in Comm. cit. §. 50.

Wenn aber der Schuldner eine gewisse Sache, wovon er jetzt noch nicht Eigenthümer ist, ohne Einwilligung des Eigenthümers, zu einem besondern Unterpfand giebt, so ist eine solche Verpfändung von Anfang ungültig, wenn der Schuldner zur Zeit der Bestellung des Pfandrechts auch nicht einmal ein persönliches Recht hatte [85]), das Eigenthum durch Uebergabe zu erwerben. Erlangt nun auch in der Folge der Verpfänder das Eigenthum, so hilft dieses doch dem Gläubiger nichts, wenn er um die Beschaffenheit der Sache wuste. Dies ist der Sinn der Worte: *difficilius dabitur utilis actio*, welche also nichts anders sagen wollen, als: es hat auch nicht einmal eine *actio hypothecaria utilis* Statt. Denn **Papinian** braucht eben so an andern Orten [86]) den Ausdruck *difficilius* in einem verneinenden Sinn. Diese Erklärung nehmen auch die meisten Ausleger [87]) an, und es erhellet hieraus zugleich,

85) Hätte der Verpfänder ein solches Forderungsrecht in Ansehung der Sache gehabt, so wäre die Verpfändung gleich vom Anfange gültig gewesen. *L. 3. §. 1. D. Qui potiores in pignore.*

86) *L. 8. D. de dotis collat. L. 95. §. 3. De de solut. L. 24. D. depositi.* S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. voc. *Difficilius* und *Ev.* OTTO in Papiniano Cap. XV. §. 4. pag. 558. sq.

87) *Iac.* CUJACIUS ad Africanum Tract. VIII. ad L. 9. §. 3. D. Qui pot. in pign. *Ant.* FABER Conjectur Lib. XX. cap. 17. *Hug.* DONELLUS de pignorib. et hypoth. cap. 7. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LXXIX. Th. 1. BACHOV de pignorib. et hypoth. Lib. II. cap. 4. nr. 3. *Bern Henr.* REINOLDUS Varior. Cap. 33. in *Opuscul. iurid.* pag. 198. GMELIN cit. Commentat. §. 51. Westphal in Pfandrecht §. 114. HOFACKER Princip. iuris civ. R. P. T. II. §. 1172. u. a. m.

gleich, daß die beyden erstern Gesetzstellen nur von dem Falle zu verstehen sind, wo der Gläubiger die fremde Sache in gutem Glauben als eine eigene Sache des Schuldners zum Unterpfande annahm, wie auch der Grund der Billigkeit, worauf die Entscheidung derselben beruhet, hinlänglich zu erkennen giebt. Es ist daher offenbar unrichtig, wenn Connanus [88]), Voet [89]), und Westenberg [90]), dem Gläubiger ohne Unterschied, er mag gewußt haben, daß ihm eine fremde Sache verpfändet sey, oder nicht, eine actio hypothecaria utilis gestattet wissen wollen. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß in einem solchen Falle, wo der Schuldner in der Folge das Eigenthum des Pfandes erwirbt, das Pfand nicht erst von der Zeit der Erwerbung des Eigenthums an, sondern rückwärts als von Anfang an gültig angesehen, und daher die Rangordnung unter den verschiedenen Gläubigern, die vor der Erwerbung des Eigenthums ein Pfandrecht erhalten haben, durch die Zeit der Pfandbestellung bestimmt wird [91]). Es gilt dies aber freylich nur in dem Falle, wenn der Nichteigenthümer selbst mehreren seiner Gläubiger ein Pfandrecht auf der fremden Sache vor der Erwerbung

88) Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 13. pag. 289.

89) Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 3. §. 4.

90) Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. XX. Tit. 3. §. 8. nr. 4.

91) *L. 14. D. Qui potiores in pignore.* Si *non dominus* duobus eandem rem diversis temporibus pigneravit, prior potior est. Anderer Meinung ist zwar *Ant.* FABER Conjecturar. iur. civ. Lib. II. cap. 10. Allein man sehe Heinrich Ernst Ferd. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern. Tübingen 1802. 8. §. 54. f.

werbung des Eigenthums bestellt hat. Denn hätte der wahre Eigenthümer nach der geschehenen Verpfändung des Nichteigenthümers, ehe dieser das Eigenthum erwarb, ein Pfandrecht auf der Sache gegeben, so würde das Pfandrecht des ersten Gläubigers zum Nachtheil des letztern nicht zurückwirken können.

III. Wird der Eigenthümer, ohne dessen Einwilligung die Verpfändung seiner Sache geschehen war, Erbe des Verpfänders, so erhält zwar dadurch die geschehene Verpfändung direct keine Gültigkeit; sondern der Gläubiger kann in diesem Falle nur eigentlich von dem Erben eine Bestätigung derselben, oder die Bestellung einer andern Hypothek durch die actio pigneratitia contraria verlangen[93]). Allein es fragt sich, ob dem Gläubiger nicht der Billigkeit wegen wenigstens die actio hypothecaria utilis zu gestatten sey? Diese Frage ist, wegen des sich hier findenden Widerspruchs zweyer Stellen in den Pandecten, sehr schwierig. Nach der *L. 22. D. de pignoribus et hypoth* ist sie zu bejahen. Modestin sagt nämlich daselbst: Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex post pignus directo quidem non convalescit, *sed utilis pigneratitia dabitur creditori.* Allein gerade das Gegentheil lehrt Paulus *L. 41. D. de pigneratitia actione*, wo die Worte so lauten: Rem alienam pignori dedisti; deinde dominus rei eius esse coepisti: datur *utilis actio pigneratitia* creditori. Non et idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero: *hoc*

92) GMELIN Comment. de iure pignoris etc. §. 53. et 54.
93) S. Westphals Pfandrecht §. 115.

hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam utilem pigneratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur. Man hat mancherley Versuche gemacht, diesen Widerspruch zu heben, aber ohne glücklichen Erfolg. Viele [94] glauben, es sey in beyden Stellen von ganz verschiedenen Fällen die Rede. Die *L.* 22. rede nämlich von dem Falle, da die Verpfändung ohne des Eigenthümers Wissen (ignorante me), die *L.* 41. aber von dem Falle, da die Verpfändung wider desselben Willen (sine mea voluntate) geschehen ist. Allein wenn gleich diese Erklärung die Auctorität der Basiliken [95] für sich hat, so steht ihr doch der wichtige Grund

94) *Pet.* FABER Semestrium Lib. II. cap. 18. *Herm.* VULTEJUS Disceptat. Scholasticar. cap. 17. VOET Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 3. §. 5. HUBER Praelect. ad Pand. eod. lib. et tit. §. 2. *van* IDSINGA Varior. iuris civ. cap. 16. et 17. *Io. van* NISPEN Diss. ad Fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. Libris differentiarum supersunt. *Lugd.* 1750. Cap. VIII. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iuridic. select. in academ. Belgicis habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 67.) HEINECCIUS Elem. iuris civ. sec. ord. Pandectar. Lib. XX. Tit. 3. §. 27. *Io. Gottf.* SAMMET Quaestion. for. Nr. III. Lips. 1754. (in *Opuscul.* pag. 261. sqq.) HOFACKER Princip. iuris Rom. Germ. Tom. II. §. 1173. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 666. MALBLANC Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. P. II. Sect. II. §. 567. pag. 512.

95) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 1. wo die Worte: *sine mea voluntate* übersetzt sind παρὰ γνώμην μ8. i. e. *contra voluntatem meam.*

Grund entgegen, daß in solchen Fällen, wo die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts von der Einwilligung eines Dritten abhängt, es durchaus gleichgültig ist, ob der Dritte gar nichts davon weiß, oder ob dasselbe wider seinen Willen geschieht, weil es doch in beyden Fällen an der Einwilligung desselben fehlt [96]. Andere [97] wollen daher vielmehr die *L.* 41. von der hypothekarischen Klage, die *L.* 22. hingegen von der *actio pigneratitia contraria* verstehen. Der Unterschied zwischen beyden Fällen leuchte jetzt in die Augen. Denn wenn der Eigenthümer des Verpfänders Erbe wird, so folge daraus noch gar nicht, daß dadurch die hypothekarische Klage begründet werde. Die Hypothek gehe das Grundstück an, und eine bloße Veränderung, die bey den Personen vorgeht, könne bey jener keine Veränderung hervorbringen. Allein das Recht, die Bestätigung der von dem Erblasser geschehenen Verpfändung oder eine andere Hypothek zu fordern, stehe dem Gläubiger unstreitig gegen die Erben zu. Denn Contracte gehen auf die Erben über. Der Pfandkontract verbinde also die Erben des Verpfänders eben so, wie den Erblasser. Auf solche Art, glaubt man, sey nun alle Schwierigkeit gehoben. Allein

96) Man vergleiche nur z. B. *L.* 45. §. 5. *D. de ritu nupt.* Ferner §. 4. *I. Quod cum eo, qui in alter. potestate* mit *L.* 29. §. 1. *D. de peculio.*

97) Nach Accursius billigen diese Erklärung vorzüglich *Franc.* BALDUINUS de pignoribus cap. 12. *Hug.* DONELLUS de pignoribus cap. 7. *Franc.* CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 13. pag. 290. *Ger.* NOODT de forma emendandi doli mali cap. 12. *Abraham* WIELING Iurisprud. restituta Tom. II. pag. 240. GMELIN Commentat. de iure pignoris etc. §. 57. et 58. Westphal Pfandrecht §. 115. Not. 137. u. a. m.

Allein weit gefehlt. Daß Modestin *L.* 22. so gut von der actio hypothecaria utilis spricht, wie Paulus, der sie dem Gläubiger *L.* 41. geradezu versagt, lehrt schon der Titel, unter welchen das Gesetz gestellt ist. Der Ausdruck actio pigneratitia kann hier nichts dagegen beweisen. Denn daß die hypothekarische Klage in den Gesetzen mehrmalen actio pigneratitia genennt wird, ist bekannt. Hätte Modestin blos die actio pigneratitia contraria gemeint, so war es ja nicht nöthig zu bemerken, daß das pignus direct nicht convalescire. Denn jene persönliche Klage hat Statt, wenn auch das Pfandrecht an sich ungültig ist [98]). Sodann aber ist auch nach dieser Ansicht nicht wohl zu begreifen, warum dem Gläubiger gegen den Erben des Verpfänders nur eine actio pigneratitia *utilis* gestattet wird, da doch gegen den Verpfänder selbst die actio pigneratitia contraria direct statt findet [99]). Der Erbe tritt ja in alle Rechte seines Erblassers ein. Der Widerstreit beyder Gesetzstellen ist also wohl unverkennbar, und kann durch keine Interpretation gehoben werden, wie auch Cujaz [100]), Duaren [1]), Hotmann [2]), Charondas [3]), Russard [4]), Anton Faber [5]), Si-

 phan,

98) *L. 9. pr. L. 16. §. 1. L. 32. L. 36. D. de pigner. act. L. 6. Cod. Si aliena res pign. data.*

99) S. *van* NISPEN cit. Diss. Cap. 8. pag. 67.

100) Observation. Lib. XIX. cap. 26.

1) Disputation. anniversar. Lib. II. cap. 4.

2) Observation. Lib. V. cap. 18.

3) Πειθανῶν. Lib. I. cap. 20. (in *Thes. Otton.* Tom. I. p. 731.)

4) In edit. Corporis iuris ad has LL. in marg.

5) Conjecturar. Iuris civ. Lib. XX. cap. 17.

phan [6]), Bachov [7]), Fornerius [8]), Schulting [9]), Averanius [10]), Reinold [11]), Thibaut [12]) und mehrere andere mit Recht behaupten. Es fragt sich also nur, welcher von beyden Stellen bey dieser Antinomie der Vorzug gebühre? Auch hier sind wieder die Meinungen der angeführten Rechtsgelehrten getheilt. Cujaz, Duaren, Fornerius, Averanius und Reinold sagen, es müsse hier blos das Zeitalter der beyden römischen Juristen entscheiden, wessen Meinung anzunehmen sey. Die billigere Meinung des Modestins verdiene daher unstreiti den Vorzug, weil dieser erst nach Paulus lebte. So wäre denn freylich das Räthsel auf einmal gelößt, wenn man die *L.* 41. von dem ältern strengen Recht, welches zu Paulus Zeiten galt, die *L.* 22. aber von dem neuern billigern Rechte versteht, welches zu den Zeiten des spätern Modestins, vielleicht durch seine Auctorität, war eingeführt worden. Man glaubt, sogar schon die Inscription der *L.* 22. gebe dieses Mittel der Auflösung an die Hand. Diese lehre, daß das gedachte Fragment aus Modestins *libro* 7. *Differentiarum* entlehnt sey. Modestin habe nämlich daselbst von der Verschiedenheit des Falles gehandelt, ob der Schuldner Erbe des Eigenthümers, oder der

6) in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. et 5. Cod. Si aliena res pignori data sit. pag. 340.

7) De pignorib. Lib. II. cap. 4. nr. 8.

8) Antinomiae pignor. Cap. 12. (in CONRADI *Parerg.* pag. 257.)

9) Thes. controvers. Decad. LXXIX. Th. 2.

10) Interpretation. iuris Lib. IV. cap. 22. nr. 13. et 14.

11) Orat. de inscript. Legum §. 2. (in *Opusc.* p. 554.)

12) System des Pandectenrechts 2. B. §. 645. a. E.

der Eigenthümer Erbe des Schuldners geworden sey. In dem ersten Falle habe man schon zu **Paulus** Zeiten nicht mehr daran gezweifelt, daß die Verpfändung dadurch gültig geworden sey. Allein in dem letztern Falle habe damals die geschehene Verpfändung dadurch keine Gültigkeit erhalten. Jetzt aber, habe nun **Modestin** hinzugefügt, gestatte man auch in diesem Falle dem Gläubiger wenigstens eine actio hypothecaria utilis. Die zu **Paulus** Zeiten bestandene Differenz sey also zur Zeit des spätern **Modestins** aufgehoben worden. Allein hier wäre wohl erst noch die Frage zu erörtern, ob denn **Modestin** wirklich ein späterer Jurist, als **Paulus** sey? Letzterer war bekanntermassen ein Zeitgenosse **Ulpians**, welche beyde unter **Alexander Severus** lebten. Daß **Modestinus** aber zu eben der Zeit gelebt habe, ist leicht zu beweisen. Gewöhnlich setzt man ihn zwar unter dem Kaiser **Gordian**, welcher ihm mit Recht das Lob eines *Iurisconsultus non contemnendae auctoritatis* beylegt [13]). Allein **Modestin** war schon weit früher bekannt. Denn **Lampridius** [14]) zählt ihn mit unter die Räthe des Kaisers **Alexander Severus**; und **Julius Capitolinus** [15]) erzählt, daß er den Sohn seines Nachfolgers, des Kaisers **Maximinus**, unterrichtet habe. Ja **Ulpian**, der noch sein Lehrer war, nennt ihn bey Gelegenheit eines Rechtsfalles, wo **Modestin** ihn consulirt hatte, ausdrücklich, wenn er *L.* 52. *D. de furtis* sagt: quod et *Herennio Modestino*, studioso meo, de Dalmatia consulenti, rescripsi. **Guido Pan-**

13) *L.* 5. *Cod. ad exhibendum.*

14) In *Alexandro Severo cap. ult.*

15) In *Maximin. iunior.* cap. 1.

Panziroli [16]), bemerkt hierbey, Modestin wäre damals Praeses Dalmatiae gewesen. Dagegen hat nun zwar Everhard Otto [17]) Verschiedenes erinnert; allein Johann van Nispen [18]) hat aus einer alten Inscription bey Fabrett [19]) die Richtigkeit jener Bemerkung ausser Zweifel gesetzt. Daß er eine Art von Gouverneur gewesen seyn müsse, erhellet schon daraus, weil mehrere Verordnungen der Kaiser Alexander und Gordian an ihn gerichtet sind [20]). Aus diesen Gründen kann also wohl hier das Zeitalter nichts entscheiden. Andere z. B. Anton Faber, Bachov u. s. m. wollen daher vielmehr darauf gesehen wissen, welche von beyden Meinungen der Rechtsanalogie am meisten entspreche, und geben in dieser Hinsicht dem Ausspruche des Paulus, daß keine hypothekarische Klage, auch nicht einmal eine actio utilis, in dem bemerkten Falle Statt finde, den Vorzug, und diese Meinung unterschreibe ich ohne Bedenken. Es ist freylich wahr, wenn der Eigenthümer des Verpfänders Erbe wird, so tritt er auch in dessen Schuldverbindlichkeit ein. Es scheint also der Billigkeit gemäß zu seyn, daß, wenn er die Schuld nicht bezahlt, er gegen sich die hypothekarische Klage müsse gelten lassen. So dachte vermuthlich Modestin. Allein Paulus läugnet mit Recht die aus diesem Grunde abgeleitete Schlußfolge. Denn es ist, sagt er, zur Begründung

16) De claris Legum Interpretibus Lib. I. cap. 2. pag. 15.

17) Praefat. Tomi I. Thesauri iuris Romani pag. 22.

18) Diss. cit. ad Fragmenta Herennii Modestini. Cap. I. pag. 6.

19) Inscription. pag. 278.

20) *L. 11. Cod. Ex quib. caussis infam. irrogat. L. 1. Cod. Si certum petatur. L. ult. Cod. Si ex falsis instrum.*

dung einer actio hypothecaria utilis noch nicht genug, daß derjenige Eigenthümer des Pfandes sey, der das darauf stehende Geld zu bezahlen schuldig ist. Es ist vielmehr ein großer Unterschied, ob der Schuldner und jetzige Eigenthümer die nämliche Person ist, welche die Verpfändung unternommen hat, oder ob es zwey verschiedene Personen sind. Denn wird derjenige belangt, der das Pfand selbst bestellet hat, und er setzt dem Kläger die Einrede entgegen, die Sache sey zur Zeit der geschehenen Verpfändung nicht sein Eigenthum gewesen, er habe sie daher auch nicht verpfänden können; so kann ihm der Kläger repliciren, daß ihm diese Einrede darum nicht zu statten kommen könne, weil er sich ja dadurch selbst einer Lüge bezüchtige, indem er die Sache als die seinige verpfändet habe. Er kann also der Klage auf keine Weise ausweichen. Nemo de ſuo mendacio excipere poteſt; et nemini ſua fraus opitulari debet. Diese Replic kann hingegen dem Eigenthümer nicht entgegengesetzt werden, welcher die Sache nicht verpfändet hat, sondern blos Erbe des Schuldners geworden ist, der die Sache ohne desselben Einwilligung verpfändet hat. Es findet daher gegen ihn auch nicht einmal eine actio utilis Statt. Dies ist unstreitig der wahre Sinn der von vielen mißverstandenen letztern Worte der *L.* 41. *D. de pign. act. Sed ſi conveniſſet de pignore.* etc. wie sie auch **Pothier** [21]) ganz richtig erklärt hat. Daß der billiger denkende **Modestin** von der nämlichen actio hypothecaria utilis redet, welche **Paulus** dem Gläubiger geradezu abspricht, und nicht, wie viele glauben, von der actio pigneratitia contraria, erhellet auch noch insonder-

21) Pandectae Iuſtinian. Tom. I. Lib. XX. Tit. 1. Nr. XX. not. d.

sonderheit daraus, weil diese Klage einen Pfandkontract voraussetzt, welcher sich ohne Uebergabe der Sache nicht denken läßt. Allein in dem Falle, wovon die *L.* 22. spricht, war keine Sache zum Pfande gegeben, sondern durch blossen Vertrag verpfändet, wie die Worte: *pignori obligaverit* nicht undeutlich zu erkennen geben [22]).

§. 864.

Der Pfandkontract ist ein accessorischer Contract.

Der Pfandkontract setzt jederzeit das Daseyn einer Hauptschuld voraus, zu dessen Sicherheit er gereichen soll. Er ist daher nichtig, wenn nie eine gültige Schuld vorhanden war [23]), und erlischt, wenn die vorhanden gewesene Schuld getilgt ist [24]). Daß die Hauptverbindlichkeit vollkommen wirksam und klagbar seyn müsse, wird zur Gültigkeit desselben nicht erfordert; es kann auch wegen einer blos natürlichen Verbindlichkeit eine gültige Verpfändung Statt finden [25]). Folgende Gesetzstellen lassen uns hieran nicht zweifeln. *L. 5. pr. D. de pignoribus:* Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, — vel pro civili, vel honoraria, *vel tantum naturali. L.* 14. §. 1. *D. eodem.* Ex quibus casibus *naturalis obligatio* consistit, pignus perseverare constitit;

22) S. POTHIER c. loc. not. e.

23) *L. 11. §. 2. et 3. in fin. D. h. t. L. 2. D. Quae res pignori vel hypoth. datae. L. 1. et 2. Cod. Si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit.*

24) *L. 9. §. 3. 4. et 5. L. 11. §. 1. et 5. D. h. t.*

25) Man vergleiche hier vorzüglich Webers systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 103. ff.

stitit; und *L.* 101. §. 1. *D. de solutionib.* PAULUS respondit, — cum creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre, etiam in eam quantitatem, *quae natura tantum debebatur.* Es muß nur freylich die natürliche Verbindlichkeit nicht durch die bürgerlichen Gesetze völlig vernichtet und reprobirt worden seyn. Denn ist die Hauptverbindlichkeit für durchaus ungültig erklärt, oder das Geschäft schlechthin verboten, zu dessen Bestärkung die Verpfändung geschehen ist, so ist auch das Pfandrecht, als ein blos accessorisches Recht, in der Regel ungültig. Daß dem vermeinten Gläubiger deshalb nie die hypothekarische Klage zustehen könne, versteht sich wohl von selbst [26]. Allein es fragt sich, ob nicht der Gläubiger das ihm übergebene Pfand herausgeben müsse? Es kommt hier darauf an, ob die Zurückforderung des Bezahlten wegen der Hauptschuld Statt hat, oder nicht. In dem ersten Falle kann sich der Gläubiger der Zurückgabe des erhaltenen Pfandes nicht entgegensetzen, weil ihm dieses zum Zweck einer Zahlung gegeben worden ist, welche er den Rechten nach nicht behalten darf [27]. Dieß ist der Fall bey solchen Verpfändungen, welche wegen einer verbotenen Spielschuld [28], imgleichen von einem gerichtlich erklärten Verschwender [29], oder von einem Pupillen ohne Auctorität seines Vormunds [30], oder von einer Frauensper-

26) Arg. *L. 127. D. de Verb. obligat.*

27) *L. 3. §. 3. D. de condict. sine causa.*

28) *L. 3. Cod. de aleator.*

29) *L. 10. pr. D. de curat. furios. L. 6. D. de verbor. obligat. L. 40. D. de div. reg. iuris.*

30) *L. 1. pr. D. de pignorib. L. 1. §. ult. D. de reb. eor. qui sub tutela vel cura sunt.*

person zur Bestärkung einer übernommenen Bürgschaft geschehen sind [31]). In dem letztern Falle hingegen kann demjenigen, welcher das Pfand dem Gläubiger wissentlich übergeben hat, die Zurückforderung desselben nicht gestattet werden. Dies ist der Fall, wenn beyde Theile der Gläubiger und Schuldner sich in pari turpitudine befinden, und die Regel: *possessoris melior est conditio*, eintritt [32]). Ist nicht das ganze Versprechen, wofür die Ver-

31) *L. 32. §. 1. D. ad SCtum Vellejan. L. 5. et 7. Cod. de pignorib.*

32) *L. 2. Cod. de condict. ob turpem causam. L. 3. et 8. D. eodem.* S. den 13. Th. dieses Commentars §. 825. S. 54. ff. besonders aber Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 105. Anderer Meinung sind zwar *Guil.* FORNERIUS in Antinom. pignorum §. 13. (in CONRADI Parerg. pag. 258.) und THIBAUT im Syst. des P. R. 2. Theil. §. 636. Allein die *L. 33. D. de pignoribus* worauf sie sich berufen, gehört nicht hierher. Es ist daselbst blos von einem solchen Falle die Rede, wo das Pfand nicht dem Gläubiger, sondern dem adjecto solutionis gratia war gegeben worden. Einem solchen adjectus konnte zwar der Schuldner Zahlung leisten, und er wurde hierdurch ipso iure von seiner Verbindlichkeit frey. Denn der Gläubiger mußte nun mit der *actio mandati* gegen den adjectus, als seinen Bevollmächtigten, klagen. *§. 4. I. de inutilib. stipulat.* Allein konnte der adjectus gleich die Zahlung annehmen, so konnte er doch, da er nicht der Gläubiger war, von dem Schuldner so wenig ein Pfand, als einen Bürgen annehmen. *L. 33. D. cit. L. 23. D. de fidejuss.* Daraus erklärt sich denn, warum zwar das ihm gegebene Pfand, nicht aber die ihm geschehene Zahlung zurückgefordert werden konnte. S. *Greg.* MAJANSII Diss. de adjecto solutionis gratia. (in EIUS *Disputat. iur. civ.* T. I. Disp. VIII.)

VIN-

Verpfändung geschehen ist, sondern nur insofern ungültig, als es eine gewisse Summe überschreitet, wie z. B. im Falle eines verbotenen Zinswuchers, desgleichen einer nicht gerichtlich insinuirten Schenkung unter den Lebenden, welche die Summe von 500 Solidis übersteigt; so ist die Verpfändung wenigstens für den gültigen Theil der Hauptschuld für zu Recht beständig allerdings zu halten, und daher nur insofern unwirksam, als die Forderung die gesetzliche Summe übersteigt, und daher selbst die natürliche Verbindlichkeit wegfällt [33]. Gestatten hingegen die Gesetze dem Gläubiger wegen der Hauptschuld nur keine Klage, ohne jedoch der natürlichen Verbindlichkeit die übrigen Wirkungen zu entziehen, wie z. B. in dem Falle, da der Gläubiger einem Filiusfamilias ohne Einwilligung seines Vaters baar Geld creditirt hat, und also der Forderung desselben das Senatusconsultum Macedonianum entgegen steht; so kann zwar dem Gläubiger auch wegen des Pfandes die hypothekarische Klage nicht zustehen, weil diese in der That auf dasjenige abzweckt, was die Gesetze dem Gläubiger nicht zugestehen wollen. Insofern jedoch der Gläubiger das Pfand in Händen hat, kann er sich nicht nur durch das Retentionsrecht helfen [34], sondern er kann sich auch, wenn der Schuldner keine Zahlung leistet, durch Veräus-

VINNIUS in Comm. ad §. 4. I. de inutil. stipulat. n. 5. sqq. und POTHIER Pandectae Iustinian. Tom. I. Lib. XX. Tit. I. Nr. XXI. not. f. et g.

33) *L. 29. D. de usuris. L. 27. Cod. eodem. L. 11. §. 3. D. de de pignor. act.* Weber a. a. O. §. 106.

34) *L. 11. Cod. de usuris. L. 101. D. de solut. L. un. Cod. Etiam ob chirographar. pecuniam pignus.*

äusserung der Sache bezahlt machen [35]). Es finden also hier nur diejenigen Rechtsmittel statt, welche dem Gläubiger wegen der Hauptschuld zustehen [36]). Uebrigens kann die Verpfändung für eine jede Art von gültiger Schuld geschehen, sie rühre aus einem erlaubten Geschäft, oder aus einem Delict her; es wird jedoch in dem letztern Falle vorausgesetzt, daß blos vom Ersatz des Schadens, oder von Bezahlung einer Geldstrafe die Rede sey [37]). Zuweilen kann aber auch bey solchen Vergehungen, die nicht zu den schweren peinlichen Verbrechen gehören, die Verhaftung des Angeschuldigten durch eine Bestellung solcher Pfänder abgewendet werden, deren Verlust für den Angeschuldigten empfindlicher, als das Unterwerfen unter die Strafe, seyn würde [38]). Daß auch für eine noch künftige oder bedingte Forderung Pfänder gegeben werden können, z. B. auf den Fall der Entwährung einer erkauften Sache, leidet keinen Zweifel. Marcian sagt dieses ausdrücklich *L. 5. pr. D. de pignorib. et hypoth.* Res hypothecae dari posse, sciendum est, pro quacunque obligatione: — sive pura est obligatio, vel *in diem*, vel *sub conditione*; et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat: sed et *futurae obligationis nomine* dari possunt. Die Hypothek kann indessen freylich der Gläubiger in diesem Falle nicht eher verfolgen, als wenn die Schuld zur

35) *L. 8. §. 5. D. h. t. L. 101. §. 1. D. de solut.*

36) S. Weber a. a. O. §. 107. und 108.

37) BACHOV de pignorib. et hypothec. Lib. II. cap. 1. nr. 5.

38) S. Grolmans Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 484. und Tittmans Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. 4. Theil. §. 684.

zur Existenz kommt. Nur in dem Falle, da Gefahr eintritt, die Sicherheit zu verlieren, z. B. wenn der Schuldner sein Vermögen zu verschwenden anfängt, und dem Gläubiger daran liegt, wenigstens den Besitz des Pfandes einsweilen zu seiner Sicherheit zu erhalten, ist der Gläubiger befugt, auch ehe noch die Schuld selbst exigibel ist, seine Hypothek geltend zu machen [39]. Folgende Gesetze bestätigen dieses ganz deutlich. *L.* 13. §. 5. *D. eodem.* Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, *ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur.* Sed si sub conditione debiti conditio venerit, rursus agere poterit. *L.* 14. *D. eodem.* Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit? Et puto, *dandam pignoris persecutionem: quia interest mea.*

So gewiß es nun aber ist, daß ohne das Daseyn einer Hauptschuld kein Pfandrecht Statt finden kann; eben so wenig ist zu läugnen, daß dasselbe, wenn es einmal gültig bestellt worden ist, fortdauernd bleibe, und daher, sofern der Gläubiger im Besitz des Pfandes ist, geltend gemacht werden könne, gesetzt auch, daß die der Forderung wegen dem Gläubiger zustehende Personalklage durch Verjährung erloschen seyn sollte. Es sagt dieses nicht nur *L.* 2. *Cod. de luitione pignor.* ganz deutlich, worin es heißt: Intelligere debes, vincula pignoris durare, *personali actione submota*; sondern es erhellet dieses auch schon daraus,

39) S. Westphals Pfandrecht §. 269 und Not. 299. desgleichen *Io. Frid.* DANN Commentat. de pignore debito futuro accedente. *Tubingae 1790.* 8.

raus, weil das Wesen des Pfandes weiter nichts voraussetzt, als das Daseyn einer Verbindlichkeit, welche an sich nicht aufhört, wenn sie auch mittelst gerichtlicher Klage nicht verfolgt werden kann [40]). Submoveri enim potest actio, sagt Averanius [41]) ganz richtig, etiamsi non sit sublata principalis obligatio. — Perseverante autem naturali obligatione, perseverat et pignus, licet sublata sit civilis obligatio [42]). — Existimo tamen, laudatam *L. 2. Cod. de luit. pigner.* referendam esse ad praescriptionem actionis. Hoc enim casu proprie dicitur *actio submoveri* [43]). Submota autem actione per lapsum temporis, durant vincula pignoris [44]); quia per lapsum temporis non omnino extinguitur obligatio, cum tempus non sit modus finiendae obligationis [45]). Nach dieser Erklärung steht also die *L. 2. cit.* mit der Analogie in vollkommenen Einklange, und es ist gar nicht nöthig, mit Doneau [46]) durch Einschiebung der Negation zur Verbesserung des Textes unsere Zuflucht zu nehmen *).

§. 865.

40) Weber a. a. O. §. 104.

41) Interpretat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 19. et 20.

42) *L. 14. §. 1. D. de pignorib.*

43) *L. 21. Cod. de eviction.*

44) *L. 59. pr. D. ad SCtum Trebell. L. 30. §. 1. D. ad Leg. Aquil. L. 3. iuncta L. 7. §. 1. Cod. de praescript. trig. vel quadrag. annor.*

45) *L. 44. §. 1. D. de obligat et action.* Man sehe auch BACHOVIUS de pignorib. Lib. V. cap. 3.

46) Commentar. in Lib. VIII. Cod. Tit. 31. pag. 659.

*) Man sehe noch *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant. Fabrum* Lib. III. Tr. VIII. Qu. 4. 5. et 6.

§. 865.

Verpfändung einer fruchttragenden Sache.

Der Pfandcontract giebt blos dem Gläubiger ein Recht das Pfand zu seiner Sicherheit zu besitzen, und, bey ausbleibender Bezahlung der Schuld, daraus durch Verkauf desselben seine Befriedigung zu suchen. Das Eigenthum der Sache geht also dadurch so wenig auf den Gläubiger über, als er dadurch ein Recht erhält, die Sache zu gebrauchen [47]). Der Besitz des Pfandgläubigers ist zwar ein wahrer juristischer Besitz, der ihm das Recht der Interdicte giebt [48]). Es ist aber doch nur ein natürlicher Besitz, der allen animus domini ausschließt, und auch kein Recht zur Usucapion giebt [49]). Daher sagt Aemilius Macer *L.* 15. §. 2. *D. Qui satisdare cogantur*, ausdrücklich: Creditor, qui pignus accepit, *possessor non est*,

47) Bey dem alten römischen contractus fiduciae war es freylich anders, wie oben gezeigt worden ist. Auch etwas Eigenthümliches bey dem alten deutschen Pfandcontract war es, daß der Gläubiger die Nutzung des Pfandes erhielt. Daß aber auch das Eigenthum der verpfändeten Sache auf ihn übergegangen sey, läßt sich nicht allgemein behaupten. S. *Ioach.* POTTGIESSER Comm. de indole et natura pignoris, quoad ius gentium, iura et consuetudines Germaniae. *Marburgi* 1722. 4. *Chr. Gottl.* RICCII Comm. de dominio pignoris germanici. *Gothae* 1747. 4. und *Io. Gottl. de* HACKEMANN Diss. de dominii translatione in pignore germanico. *Francofurti cis Viadrum* 1763.

48) *L.* 16. *D. de usurpat et usucap. L.* 1. §. 9. *D. de vi.*

49) *L.* 3. §. 15. *D. ad exhib. L.* 13. *D. de usurpat. et usucap.* von Savigny Recht das Besitzes. §. 7. S. 46. ff. und §. 9. S. 108.

est, tametsi possessionem habeat. Ohne Zweifel soll hier das Wort *possessor* in der Verbindung, in welcher es hier gebraucht wird, nichts anders, als Eigenthümer heissen [50]. Gebraucht der Gläubiger ohne Wissen und Willen des Schuldners die ihm verpfändete Sache, so macht er sich eines Diebstahls schuldig [51], und muß allen dadurch dem Schuldner zugefügten, selbst zufälligen, Schaden ersetzen.

50) Man sieht dies aus *L. 15. §. 1. D. Qui satisdare cog.* wo Macer sagt: *Possessor* autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet. — Sed et, qui vectigalem, id est, emphyteuticum agrum possidet, *possessor* intelligitur. Item, qui solam proprietatem habet, *possessor* intelligendus est. Eum vero, qui tantum usumfructum habet, possessorem non esse *Ulpianus* scripsit. S. von Savigny im angef. Buche §. 7. S. 85. nr. 3.

51) *L. 54. pr. D. de furtis.* Si pignore creditor utatur, furti tenetur. — *§. 6. I. de obligat. quae ex delicto nasc.* Sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur, — furtum committit. — Hierher kann auch *Art. 170.* der P. G. O. Carls V. gezogen werden, wo es heißt: Welcher mit eines Andern Gütern, die ihm in gutem Glauben zu behalten und zu verwahren gegeben seyn, williger und gefährlicher Weiß dem Gläubiger zu Schaden handelt, solche Missethat ist einem Diebstahl gleich zu strafen. Zwar erklärt man diese Stelle gewöhnlich von einem Depositar. Allein daß sie auch auf einen Pfandgläubiger, der mit dem ihm zur Sicherheit gegebenen Pfande unredlich umgeht, bezogen werden könne, hat KRESS in Comm. ad h. Artic. pag. 615. gezeigt. Man sehe hier auch vorzüglich Lud. Frid. Griesingers Commentar über das Würtembergische Landrecht. 1. Band 2. Th. 7. Tit. §. 125. S. 408. f.

setzen [52]). Wird daher dem Gläubiger eine fruchttragende Sache zum Unterpfand eingeräumt, so darf der Gläubiger die Früchte der Sache nicht als Nebengewinn ansehen, sondern er muß dieselben zuerst auf die Zinsen, sofern nämlich ein rechtlicher Grund derselben vorhanden ist, und nächstdem auf das Kapital abrechnen. Folgende Stellen sind hier besonders merkwürdig.

L. 1. *Cod. h. t.* Ex pignore percepti fructus *imputantur in debitum*: qui si sufficiunt ad totum debitum, solvitur actio, et redditur pignus. Si debitum excedunt, qui supererunt, redduntur; videlicet mota actione pigneratitia.

L. 2. *Cod. eodem.* Quod ex operis ancillae [53]), vel ex pensionibus domus, quam pignori detineri dicis, perceptum est: *debiti quantitatem relevabit.*

L. 3. *eodem.* Creditor, qui praedium pignori nexum detinuit, fructus, quos percepit, vel percipere debuit, *in rationem exonerandi debiti computare* necesse habet.

L. ult. Cod. eodem. Quominus fructuum, quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione, *ac residuo debito soluto,* — pignora, quae in eadem causa

52) S. *Aug. Frid.* SCHOTT Diss. de furto usus. *Lipsiae* 1775. §. 19. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 268. Carl Klien Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. 1. Th. S. 177. ff. und *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. Vol. I. Consil. 39. nr. 12.

53) Sklavendienste werden den Früchten gleichgeachtet. *L.* 3. et 4. *D. de operis servorum.*

causa durant, restituat debitori, nullo spatio longi temporis defenditur.

L. 1. *Cod. de distract. pignor.* Fundum pignori obligatum, *si creditor ex fructibus debitum consecutus est*: quum ipso iure pignus ab obligatione liberatum sit, distrahere minime potest.

L. 2. *Cod. de partu pignoris et omni causa.* Cum pignoris titulo mancipia vos obligasse pro mutua, quam accepistis, pecunia proponatis, horum mancipiorum operis, quas creditor accepit, vel quas percipere potuit, *in usuras (si promissae sunt) computatis*, et post *in sortem*: extenuato debito residuum offerentibus, vel si non accipiat, consignatum deponentibus, mancipia vobis Praeses provinciae restitui iubebit.

Cujaz [54]), dem mehrere [55]) hierin Beyfall geben, will zwar behaupten, der Gläubiger dürfe auch in dem Falle, da keine Zinsen versprochen worden, dennoch von den Früchten soviel behalten, als die gesetzlichen Zinsen aus-

54) Observation. Lib. VIII. cap. 17.

55) *Ant.* FABER Error. Pragmaticor. Decad. IX. Err. 5. *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. VIII. cap. 23. *Lud.* VITALIS Lection. Variar. iuris civ. Lib. II. cap. 15. §. 5. sqq. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* T. II. pag. 678.) *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad L. 8. D. In quib. caus. pignus. pag. 735. sq. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 23. *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 9. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pand. loca difficil. Exercit. XV. §. 11. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. LXXIX. Th. 9. Westphal Pfandrecht §. 67. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 653.

ausmachen würden. Man sagt, daß durch die Einräumung eines fruchtragenden Unterpfandes eine antichresis tacita, d. i. ein stillschweigender Vertrag geschlossen werde, vermöge welchen dem Gläubiger für den Gebrauch des Kapitals, statt der gesetzlichen Zinsen, ein Aequivalent an Früchten verwilliget worden sey. Allein nicht ohne Grund wird diese Meinung von andern[56]) verworffen. Es kommt hier alles auf den richtigen Sinn der *L. 8. D. in quibus causis pignus tacite contrah.* an, worauf sich hauptsächlich Cujaz beruft. Hier sagt Paulus: Cum debitor *gratuita pecunia* ūtatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere. Es ist wohl kaum noch bemerkenswerth, daß die Richtigkeit der Leseart der Emendation eines Franz Hotomans nicht bedarf, welcher bekanntermaßen: cum debitor *non* gratuita pecunia utatur, gelesen wissen will;

D 2 nach-

56) *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 7. *Reinh.* BACHOVIUS de pignorib. et hypoth. Lib. I. cap. 14. *Claud.* SALMASIUS de modo usurarum cap. 14. pag. 622. *Franc.* HOTOMANNUS Observation. Lib. I. cap. 4. *Greg.* MAJANSIUS Disputat. iuris civ. Tom. I. Disput. IV. §. 33. pag. 87. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. *Io. Henr. Christ.* ERXLEBEN Princip. de iure pignorum §. 111. Christ. Fried. Tönne von Lüttichau vermischte jurist. mathemat. Abhandlungen (Altona 1769.) Nr. I. Untersuchung der Lehre vom nutzbaren Unterpfand. S. 19. ff. Georg Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder und antichretischen Versatze. Giessen u. Darmstadt 1802. S. 232. ff. *Carl.* HANCKER Diss. de vera indole et natura antichreseos. *Gissae 1783.* §. 8. und *Io. Iac.* KEES Commentat. ad Legem VIII. Digestorum in quibus causis pignus vel hypoth. tacite contrahitur. *Lipsiae 1811.*

nachdem schon längst Johann Robert [57]), Gerhard Noodt [58]), Anton Faber [59]) und Siegmund Reinh. Jauch [60]) solche mit Recht verworffen haben, obwohl Salmasius [61]) und Conrad Wilh. Strecker [62]) ihr dennoch ihren Beyfall nicht versagen konnten. Alle bis jetzt bekannte Handschriften und Ausgaben widersprechen laut, und auch die Basiliken [63]) bestärken die gemeine Leseart. Es ist auch hier der Fall gar nicht, daß man genöthiget wäre, zu einer so verzweifelten Conjectur seine Zuflucht zu nehmen. Nöthiger ist es, zuvörderst auszumachen, was Paulus unter der *pecunia gratuita* verstanden wissen will. Cujaz erklärt sich darüber auf folgende Art: Utitur debitor mea pecunia *gratuito*, quia usuras ab eo pactus vel stipulatus non sum, cuius beneficii pensandi caussa, dum mihi tradit agrum pignori, tacite id agere videtur, ut fructus percipiam, et usurarum vice retineam, quod fiet tamen intra modum quasi tacito consensu. Quodsi foeneratitia fuisset pecunia, fructus perceptos creditor foenori primum, deinde sorti imputaret.

57) Lection. receptar. Lib. I. cap. 14.

58) De foenore et usuris Lib. II. cap. 9.

59) De Errorib. Pragmaticar. Decad. IX. Err. 5.

60) De negationibus Pandectar. Florentin. Cap. XIV. 7.

61) De modo Usurarum. Cap. 14.

62) Diss. de pacto antichretico. *Erfordiae 1726.* §. 15.

63) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 3. Const. 8. pag. 50. Ἐὰν ὁ χρεώστης ἄτοκον ἔχῃ τὸ χρέος, δύναται παρακρατεῖν ὁ δανειστὴς ἐκ τῶν καρπῶν μέχρι τοῦ νομίμου τόκου. i. e. *Si debitor gratuitam habeat pecuniam, creditor de fructibus usuras usque ad legitimum modum retinere potest.*

ret [64]). *Gratuita pecunia* est non tantum, de qua convenit, ut gratuita esset, sed et de qua hoc non convenit; si modo et de usuris nihil convenerit. Weil man glaubt, daß es nur denn widersprechend seyn würde, wenn der Gläubiger von einem Kapital, welches der Schuldner, vermöge einer ausdrücklichen Uebereinkunft, ohne Verzinsung gebrauchen sollte, gleichwohl Früchte auf die Zinsen solle abrechnen dürfen; so wollen auch andere, z. B. Stryk [65]), Böhmer [66]), Engelbrecht [67]), Menken [68]), und unser Hellfeld, unter der *pecunia gratuita* einen solchen Geldvorschuß verstehen, wobey wegen der Zinsen nichts Ausdrückliches verabredet worden ist. Allein da sich auch hierdurch der Widerspruch noch nicht vollkommen heben läßt, so erklärt Ernst Alexander Pagenstecher [69]) die *pecunia gratuita* von einer pecunia commodata. Denn daß auch Geld der Gegenstand des Leihcontracts seyn könne, ist bekannt, z. B. wenn es bloß zur Prahlerey geliehen wird [70]). Hat nun aber dennoch der Commodatar das Geld gegen die Absicht des Contracts gebraucht, und consumirt, so müsse er es dem Verleiher mit Zinsen erstatten. Denn der Leihcontract sey ein bonae

64) *L. 2. Cod. de pactis pignorum.*

65) Us. mod. Pand. h. t. §. 4.

66) Introduct. in ius Dig. h. t. §. 9.

67) Diss. de creditore antichretico ad fructus percipiendos non obligato. *Helmst.* 1724. §. 5.

68) Diss. Nullum excessum usurarum in pacto antichretico esse tolerandum. *Lipsiae* 1745. §. 2. in fin. (in *Opuscul.* pag. 236.)

69) Observation. legalium libr. sing. *Wetzlariae* 1724. 4. Observat. VI. pag. 25.

70) *L. 3. §. 6. L. 4. D. Commodati.*

bonae fidei Contract, und in solchen Contracten könnten ohne Bedenken Zinsen gefordert werden. Habe nun der Verleiher von dem Entlehner eine fruchttragende Sache als Pfand inne, sie sey ihm entweder wegen der pecunia commodata, oder wegen einer andern Schuld eingeräumt, oder auch stillschweigend verpfändet, so könne er sich aus den Früchten des Pfandes auch wegen der Zinsen bezahlt machen. Allein weder diese, noch die erstere Erklärung ist anzunehmen. Es kommt hier lediglich auf den Sprachgebrauch der Gesetze an. Nach diesem aber heißt *pecunia gratuita* nichts anders, als ein solches Kapital, welches der Gläubiger dem Schuldner ohne Verzinsung dargeliehen hat, oder, wie Brißon[71]) sagt: Pecunia, quae sine usuris debetur. Es erhellet dieses nicht nur aus *L.* 10. §. 8. *D. Mandati*, wo Ulpian sagt: Si mandavero procuratori meo, *ut Titio pecuniam meam credat* SINE USURIS, isque non *sine usuris* crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus? Et *Labeo* scribit, restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut *gratuitam pecuniam* daret; sondern es ist auch überhaupt bekannt, daß das Wort *gratuitum* immer als Epitheton Desjenigen gebraucht wird, wofür keine Vergeltung gegeben wird[72]). Ist nun dieses ausser Zweifel, so läßt sich der Widerspruch, daß der Gläubiger von einem ohne Zinsen

71) De Verbor. Significat. voc. *Gratuitus.*

72) Z. B. gratuita habitatio. *L.* 28. §. 2. *D. Locati. L.* 17. *pr. D. de praescr. verbis.* gratuita legatio. *L.* 2. §. 1. *D. de legation.* gratuitum mandatum. *L.* 1. §. 4. *D. mandati.* gratuita opera. *L.* 1. §. 17. *et* 18. *L.* 5. *pr. D. de exercitor. act.* gratuita libertas. *L.* 1. *Cod. de libert. et eorum liber.*

sen dargeliehenen Kapital gleichwohl Früchte auf Zinsen abzurechnen befugt seyn solle, auf keine Weise lösen. Ein stillschweigendes Zinsenversprechen läßt sich auch aus der Verpfändung einer fruchttragenden Sache um so weniger folgern, je deutlicher die oben angeführten Gesetze verordnen, daß, wenn keine Zinsen versprochen sind, die Früchte bloß auf das Kapital abgerechnet werden sollen. Hierzu kommt, daß auch schon die Natur des Darlehns, als eines Realcontracts, ein solches stillschweigendes Zinsenversprechen anzunehmen, nicht gestattet, wenn man erwägt, daß nach dem römischen Rechte auch sogar ein ausdrückliches Versprechen der Zinsen beym Darlehn nicht galt, wenn nicht durch Stipulation eine nova obligatio war begründet worden [73]). Hätte das Gesetz dem Gläubiger der nicht versprochenen Zinsen wegen ein stillschweigendes Pfandrecht an den Früchten des Pfandes geben wollen, wie man vielleicht aus der Ueberschrift des Titels, unter welchen die *L. 8. D. in quib. caus. pignus tacite contrahitur* gestellt ist, schließen möchte; so würde es gewiß dem Gläubiger keine bloße Retention, sondern eine dem Pfandrecht eigene Persecution gestattet haben, wie Cujaz selbst an einem andern Orte [74]) sehr gut zu unterscheiden wußte. Auf den Umstand, daß Tribonian die *L. 8.* unter den Titel *in quibus causis pignus* etc. gesetzt hat, läßt sich also wohl mit Cujaz kein sonderliches Gewicht legen, zumal da wir Stellen genug im corpus iuris haben, welche

73) *L. 24. D. de praescript. verbis. L. 1. 3. 4. et 7. Cod. de Usur.* S. BOEHMER Diss. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticiae. §. 10. sqq. (*Exercitat. ad Pand.* Tom. IV.)

74) Observat. Lib. XV. cap. 22.

welche aus ihrem Zusammenhange gerissen, an Orte gepflanzt worden sind, wo sie eigentlich gar nicht hingehören. Es ist auch dieses hier um so mehr auffallend, als in der Aeusserung des Paulus kein Gedanke von einem stillschweigenden Pfandrechte vorkommt. Selbst der griechische Scholiast, ohnerachtet seine Erklärung der Cujazischen sehr nahe kommt, sagt nichts davon [75]). Wenn wir indessen gleichwohl sehen, daß Paulus dem Gläubiger bey einem ohne ein Zinsenversprechen geschehenen Geldvorschuße gestattet habe, die gesetzlichen Zinsen an den Früchten der verpfändeten Sache zurück zu behalten, so kann man wohl nicht anders glauben, als daß Paulus im Zusammenhange der Stelle, den uns Tribonian entzogen hat, von dem Falle geredet haben müsse, wo sich der Schuldner in Wiederbezahlung des ohne Verzinsung empfangenen Anlehns eines rechtswidrigen Verzugs schuldig gemacht hat. Auf solche Art hängt auch diese Stelle mit einer andern, welche aus demselben *Libro II. Sententiarum* des Paulus genommen ist, nämlich der *L. 7. D. de pign. act.* genau zusammen, worin es heißt: Si autem tardius superfluum restituat creditor, id quod apud eum depositum est, *ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.* Sehr natürlich läßt

75) *Basilica* T. IV. pag. 52. Καὶ πάλιν σημείωσαι ὅτι ὁ δανείσας καὶ λαβὼν πρᾶγμα εἰς ἐνέχυρον, κἂν μὴ συμφωνήσῃ λαβεῖν τοὺς καρποὺς ἀντὶ τόκων, ὅμως λαμβάνει τοὺς καρποὺς τοῦ πράγματος οὐχὶ πάντας, ἀλλ᾽ ἄχρι τῶν λεγιτίμων τόκων. i. e. *Item nota, creditorem, qui rem pignori accepit, licet pactus non sit, ut vice usurarum fructus perciperet, nihilominus eos percipere, ad modum scilicet usurarum legitimum.*

läßt sich hieran unsere *L.* 8. reihen, mit welcher sie vielleicht auf folgende Art zusammenhieng: Sic etiam *cum debitor gratuita pecunia utatur*, (sofern er sich nämlich gleichfalls eines Verzugs schuldig gemacht hat) *potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere.* Die Worte: *ad modum legitimum* gehen also auf das gesetzliche Quantum der Verzugszinsen. Konnten nun auch gleich Verzugszinsen beym Darlehn nach dem römischen Recht nicht mit der actio mutui gefordert werden, so hatte doch deswegen eine Retention um so mehr statt, als es schon die Natur des Pfandrechts mit sich bringt, daß es den Gläubiger auch gegen den ungebührlichen Verzug von Seiten des Schuldners in Sicherheit setzen soll [76]).

§. 866.

Rechte des Pfandgläubigers.

Ausser dem juristischen Besitz, welcher durch den Pfandcontract auf den Gläubiger übertragen wird, und vermöge dessen er auch, wie bereits oben bemerkt worden, wegen jeder andern Forderung, wofür ihm die Sache nicht verpfändet ist, bis zu seiner völligen Befriedigung, das Retentionsrecht ausüben kann [77]), hat der Pfandgläubiger überhaupt noch folgende Rechte. Er kann nämlich I) die ihm verpfändete Sache, wofern nicht ein Anders ausdrücklich verabredet worden ist, seinem eigenen Gläubiger wie-

76) *L.* 22. *Cod. de Usur.* S. *Iust. Henr.* BOEHMERI Diss. de usuris pecuniae mutuaticiae. §. 15. und Webers Versuche über das Civilrecht. S. 175.

77) *L. un. Cod. Etiam ob chirographariam pecun.*

wieder verpfänden [78]). Der zweyte Pfandgläubiger kann dann an dem ihm überlassenen Pfande eben die Rechte ausüben, die sonst einem Pfandgläubiger zustehen [79]). Nur kann freylich der erste Pfandgläubiger auf den zweyten weder der Dauer, noch dem Umfange nach mehr Rechte übertragen, als ihm selbst an der verpfändeten Sache zukommen [80]). Ist daher demselben bloß der Nießbrauch eines Grund-

78) *L. 1. Cod. Si pignus pignori datum.* Etiam id, *quod pignori obligatum est*, a creditore pignori obstringi posse, iam dudum placuit; scilicet ut sequenti creditori *utilis actio* (i. e. hypothecaria) detur, tamdiuque eum is, qui ius repraesentat, (d. i. der Magistrat, welcher das Richteramt bekleidet,) tueatur, quamdiu in causa pignoris manet eius, qui dedit. S. *Iac.* LECTII ad Modestinum de poenis lib. un. ad L. 4. D. de crim. stellionat. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. I. p. 142. §. *Caeterum.*)

79) *L. 13. §. 2. D. de pignorib.* Cum pignori *rem pignoratam* accipi posse placuerit: quatenus utraque pecunia debetur (d. i. so lange der Schuldner seinem Gläubiger, welcher das Pfand weiter verpfändet hat, noch nicht Zahlung geleistet hat,) pignus secundo creditori tenetur: et tam *exceptio*, (nämlich wenn der zweyte Gläubiger in dem Besitz des Pfandes sich befindet, und das Pfand vor getilgter Schuld zurückgefordert wird. Hier kann er sich mit der Einrede des ihm zustehenden Pfandrechts sowohl gegen seinen Schuldner, als gegen den ersten Verpfänder schützen) quam *actio utilis* ei danda est. Die actio utilis ist hier die hypothekarische Klage, welche ihm in dem Falle zusteht, da er nicht in dem Besitz des Pfandes ist. S. GMELIN Comment. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 63. pag. 235. sqq.

80) *L. 54. D. de div. reg. iuris.* Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.

Grundstücks verpfändet, so kann er seinem Gläubiger nicht auch die Proprietät verpfänden [81]); und ist der erste Pfandgläubiger befriediget, so hört auch das Pfandrecht des zweyten Gläubigers auf, und er kann dem Eigenthümer die Herausgabe des Pfandes nicht vorenthalten [82]). Es fragt sich aber, ob nicht dem zweyten Gläubiger dasjenige, was der Schuldner seinem, dem ersten Gläubiger, bezahlt hat, als Pfand hafte, und ihm deshalb die hypothekarische Klage gegen den ersten Gläubiger, als seinen Schuldner, zu gestatten sey? Es ist ein Unterschied zu machen, ob die Schuld des erstern Verpfänders in Gelde, oder in andern Sachen bestand, welche derselbe seinem Gläubiger zu leisten hatte. In dem ersten Falle kann der zweyte Gläubiger an dem bezahlten Gelde kein Pfandrecht ausüben, sondern der erste Gläubiger wird solches zu seiner Befriedigung behalten. In dem letztern Falle aber tritt die dem ersten Gläubiger von seinem Schuldner gegebene Sache an die Stelle des durch Befriedigung desselben befreyeten Pfandes, und

81) *L. 6. Cod. de Usufructu.* Nam usufructuarius quidem proprietatem pignorare non potuit. — *L. 1. Cod. Si pignus pignori.* Sed si vos *usumfructum possessionis* tantummodo pignori dedistis, isque, qui accepit, alii eam *possessionem* (i. e. *fundum*) cuius usumfructum nexum habebat, sine vestra voluntate pignoraverit: creditor eius id, in quo pignoris vinculum non constitit, distrahens, dominio vos privare nequivit.

82) *L. 40. §. 2. D. de pignerat. act.* Soluta pecunia, creditor possessionem pignoris, quae corporalis apud eum fuit, restituere debet: nec quicquam amplius praestare cogitur. *Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur.*

und der zweyte Gläubiger kann mit der actio hypothecaria deren Ablieferung von Rechtswegen verlangen. Denn die Verpfändung eines Pfandes ist gerade so zu betrachten, als wenn diejenige Forderung, weshalb dem verpfändenden Gläubiger das Pfand angewiesen war, selbst verpfändet worden wäre [83]). Es hat daher auch gar keinen Zweifel, daß

83) Dies scheint mir der Sinn der etwas dunkeln Worte Marcians zu seyn, wenn er *L. 13. §. 2. D. de pignorib.* sagt: Quodsi *dominus* (nämlich der erste Schuldner, und Verpfänder) solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid *creditori*, (nämlich dem zweyten Gläubiger) nummorum solutorum nomine, *utilis actio* danda sit, an non? (Offenbar ist hier die Rede von einer Zahlung, die dem ersten Gläubiger geschehen ist. Es ist daher die Erklärung der Glosse, die das *solutorum* durch solvendorum erklären will, nach meiner Ansicht, unrichtig. Die folgenden Worte streiten offenbar dagegen) quid enim, *si res soluta fuerit?* (dem ersten Gläubiger war also wirklich die Schuld bezahlt) et verum est, quod *Pomponius* libro septimo ad Edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. Der Fall, von welchem Pomponius hier spricht, war eigentlich von dem des Marcians verschieden; denn dort zahlte der Schuldner dem zweyten Gläubiger, hier zahlte er dem ersten Gläubiger. Allein darin kommen doch beyde Fälle überein, daß wenn der erste Schuldner die Schuld in Gelde bezahlt hat, kein weiteres Pfandrecht darauf haftet, es sey dem ersten, oder dem andern Gläubiger die Zahlung geleistet worden. Man sehe über diese dunkle Stelle vorzüglich *Emund.* MERILLII Observation. Lib. VII. Cap. 35. und Westphals Pfandrecht §. 142. und 144. Not. 166. S. 206. f. Die Basiliken geben hier keinen Aufschluß.

daß der zweyte Gläubiger, so lange der erste Gläubiger von seinem Schuldner, als dem ersten Verpfänder, noch nicht befriediget worden ist, auch eben sowohl gegen diesen mit der actio utilis auf die Bezahlung der Schuld klagen könnte [84]); als es auch umgekehrt dem ersten Schuldner freystehen würde, die Schuld dem zweyten Gläubiger zu bezahlen, und dadurch das Pfand freyzumachen [85]). Ja es

84) Denn da der Pfandgläubiger, dem von seinem Schuldner ein diesem gegebenes Pfand verpfändet worden, wie ein solcher anzusehen ist, der eine Schuldforderung zum Unterpfande erhalten hat: (S. Westphal a. a. O. S. 206.) so findet auch hier die *L. 4. Cod. Quae res pignori* Anwendung. Cujaz ad L. 18. D. de pigner. act. ad Pauli librum XXII. ad Edictum, dem auch *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXXVIII. Th. 5. beystimmt, hält zwar die bey der Verpfändung einer Schuldforderung dem zweyten Gläubiger zustehende *actio utilis* für die hypothekarische Klage. Allein man kann auch eben sowohl behaupten, es sey diejenige Klage, welche der erste Gläubiger gegen seinen Schuldner hätte anstellen können. *L. 7. Cod. de heredit. vel act. vend.* S. VOET Commentar. ad Pandect. Lib. XX. Tit. 1. §. 17. und Westphals Pfandrecht §. 141. S. 204.

85) Von diesem Falle kann *L. 2. Cod. Si pignus pignori datum* sehr wohl verstanden werden, wo es heißt: Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris iuri fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit: examinata fide veri, poteris eam, soluto eo, *quod ex hac causa creditori* (nämlich dem ersten Gläubiger) debetur, intercessu praesidis provinciae recuperare, wie auch BACHOV de pignorib. Lib. II. cap. 9. pag. 128. mit Recht behauptet. Mehr, als er seinem Gläubiger schuldig ist, braucht jedoch der erste Verpfänder dem zweyten Gläubiger nicht zu bezahlen, wenn auch desselben Forderung an seinen Schuldner, oder den ersten Gläubiger, größer wäre.

es darf nicht einmal der Schuldner seinem, dem ersten Gläubiger, mehr Zahlung leisten, wenn er von der geschehenen weitern Verpfändung seiner Sache benachrichtiget worden ist [86]). Der Gläubiger hat ferner II. das Recht, wenn keine Bezahlung erfolgt, das Pfand zu verkaufen [87]), und aus dem daraus gelößten Gelde sowohl wegen des Kapitals, als wegen der Zinsen und verwandten Unkosten, und zwar, sofern er in dem Besitz des Pfandes sich befindet, und es blos mit dem Schuldner, oder desselben Erben zu thun hat, unbedingt [88]), sonst aber nur wegen dessen, wofür das Pfand, der Verabredung nach, gilt, sich zu befriedigen [89]). Dieses Recht des Gläubigers, durch Veräusse-

wäre. Von diesem Falle versteht *Ant.* FABER Rational. in Dig. h. t. auch die oben angeführte *L. 40. §. 2. D. de pign. act.* und schaltet bey den Worten: nec quicquam amplius praestare cogitur, das Wort *debitor* ein. Ihm stimmt auch SCHILTER in Praxi Iur. Rom. h. t. Exercit. XXVI. §. 11. bey.

86) Arg. *L. 4. Cod. Quae res pign.* S. VOET Comment. ad Pand. Lib. XX. Tit. 6. §. 2. in fin. *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. VIII. cap. 15. und Westphal a. a. O. §. 144. Anderer Meinung ist jedoch GMELIN Comm. de iure pignoris vel hypothecae etc. §. 63. pag. 240.

87) *§. 1. I. Quib. alienare licet.*

88) *L. 8. §. 5. D. h. t.* Cum pignus ex pactione venire potest, non solum *ob sortem non solutam* venire poterit, sed *ob caetera quoque*, veluti *usuras*, et *quae in id impensa sunt.* S. Webers Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung S. 191. ff.

89) Die Frage, ob und wiefern sich das Pfandrecht ausser dem Kapital auf Zinsen und Kosten erstrecke? kommt Lib. XX. Tit. 1. §. 1083. vor. Man sehe Weber a. a. O. S. 151. ff.

Meiß-

äusserung des Pfandes sich zu seiner Bezahlung zu verhelfen, ist dem Pfandrechte so wesentlich, daß es weder einer besondern Verabredung bedarf [90]), noch auch durch Vertrag, oder Testament, noch durch irgend eine Protestation des Schuldners verhindert werden kann [91]). Nur durch Bezahlung der Schuld, oder ein anderes rechtliches Mittel, welches der Bezahlung gleichgeachtet wird, kann allein die Veräusserung des Pfandes abgewendet werden [92]). Dieses Veräusserungsrecht steht auch dem zweyten Gläubiger zu, wenn diesem ein, seinem Schuldner von desselben Schuldner gegebenes Pfand, wieder verpfändet worden ist, es muß nur die Veräusserung des Pfandes geschehen, ehe noch der erste Schuldner, seinem, dem erstern Gläubiger, die Schuld bezahlt hat [93]). Von der Veräusserung der Pfän-

Meißners vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte 1. Th. §. 14. und Hufelands Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 775.

90) *L. 4. D. h. t.*

91) *L. 1. et 2. Cod. Debitorem venditionem pignoris impedire non non posse.*

92) *L. 8. Cod. de distract. pignor.* Si priusquam distraheretur pignorata possessio, *pecuniam creditori obtulisti*, *eoque non accipiente*, *facta contestatione eam deposuisti*, et hodie quoque in eadem causa permanet, pignoris distractio non valet. Quodsi prius, *quam offerres*, legem venditionis exercuit: quod iure subsistit, revocari non debet.

93) *L. 1. Cod. Si pignus pignori datum.* Quodsi non fuit vestro creditori ususfructus, sed ipsa possessio pignorata, et *ante exsolutam a domino pecuniam creditor secundus* pignus acceptum vendidit: *non posse venditionem post solutam pecuniam rescindi*, divorum principum placitis continetur. S. Westphal a. a. O.

Pfänder wird übrigens Lib. XX. Tit. 5. gehandelt werden. Der Gläubiger kann III. das Pfand von jedem Inhaber desselben abfordern [94]), wenn nämlich der Schuldner in mora ist [95]), oder auch zuweilen schon vorher, ehe noch die Schuld zahlbar ist, wenn ein besonderes Interesse erwiesen werden kann [96]). Es steht ihm deshalb die hypothekarische Klage zu, von welcher Lib. XX. Tit. 1. gehandelt werden wird. Gegen den Schuldner, aber nicht gegen den dritten Besitzer, kommen ihm auch possessorische Rechtsmittel, nämlich das Interdictum Salvianum und quasi Salvianum, zu statten [97]), wovon ebenfalls zu seiner Zeit ein Mehreres. Eigenmächtige Besitzergreifung ist hingegen dem Gläubiger nicht erlaubt; auch selbst der Vertrag, vermöge dessen es demselben erlaubt seyn solle, sich im Falle ausbleibender Zahlung selbst in den Besitz des Pfandes zu setzen, giebt dem Gläubiger kein Recht, Gewalt zu brauchen, wenn sich der Schuldner widersetzt, sondern der Gläubiger muß sich auch hier des Quasisalvianischen Interdicts bedienen [98]). Die Abforderung des Pfandes kann jedoch durch

D. S. 207. und GMELIN Commentat. cit. de iure pignoris etc. §. 63. pag. 237. sqq.

94) *L. 16. §. 3. L. 17. D. de pignor. L. 18. Cod. eodem. L. 28. D. h. t.*

95) *L. 33. §. 5. D. de pignor. L. 10. Cod. eodem.*

96) *L. 14. D. eodem.*

97) *L. 1. Cod. de precario et interdicto Salviano.*

98) *L. 3. Cod. de pignorib.* Creditores, qui, non reddita sibi pecunia, *conventionis legem*, ingressi possessionem, exercent, vim quidem facere non videntur: attamen auctoritate Praesidis possessionem adipisci debent. S. Strubens rechtliche Bedenken. 2. Th. Bed. 32. und Gönners Handbuch des gemeinen Proceßes 4. Th. Nr. LXXXI. §. 37. not. p. S. 481.

durch Anbieten der Zahlung von jedem Besitzer abgewendet werden [99]). IV. Leidet der Gläubiger durch Eviction und Hauptmängel des vertragsmäßigen Pfandes, so kann er verlangen, daß ihm ein neues eingeräumt [100]), auch daß ihm der, durch Versehen des Schuldners ihm sonst erwachsene Schaden vergütet werde [1]). Er kann ferner V. Ersatz der auf das Pfand verwandten Kosten fordern, jedoch nicht ohne Unterschied. Die Kosten können von verschiedener Art seyn. a) Nothwendige, wohin theils diejenigen gehören, welche die Erhaltung der Sache unvermeidlich machte, theils auch die Abgaben, denen der Gläubiger, als Besitzer des Pfandes, sich schlechterdings unterziehen mußte. Diese Kosten müssen dem Gläubiger unbedingt vergütet werden, also nicht nur alsdann, wenn bey der Zurückgabe des Pfandes dieser Kostenaufwand sich noch als Verbesserung bey der Sache befindet, sondern auch wenn dieser Aufwand durch einen Unglücksfall ohne Verschulden des Pfandinhabers wieder vereitelt worden wäre [2]). Wegen

99) *L. 16. §. 3. D. de pignor. L. 12. §. 1. D. Quib. modis pign. vel hypoth. solvitur.*

100) *L. 2. L. 9. pr. L. 31. et 32. D. h. t.*

1) *L. 9. pr. L. 31. 32. et 36. pr. D. eodem.*

2) *L. 8. pr. D. h. t.* Si *necessarias impensas* fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim: non tantum *retentionem*, sed etiam *contrariam pigneratitiam actionem* habebo. Finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam, et eum decessisse, item insulam fulcisse, vel refecisse, et postea deustam esse, nec habere, quod possim retinere. — *L. 29. in fin. D. famil. ercisc.* Eius, quod *propter necessitatem* impendit, etiam ultro est actio creditori.

gen dieser Kosten ist dem Gläubiger auch die hypothekarische Klage nicht zu versagen, da die Gesetze ganz bestimmt verordnen, daß die nothwendigen Kosten mit zu der Pfandschuld gerechnet werden sollen [3]). b) Nützliche Kosten, wodurch die Sache verbessert, und ihr Werth erhöhet worden ist. Sind diese Kosten mit Einwilligung des Schuldners gemacht worden, so hat es keinen Zweifel, daß der Gläubiger deren Ersatz fordern könne [4]). Ausserdem aber kann der Gläubiger nur alsdann eine Vergütung der nützlichen Kosten fordern, wenn sie nicht so unmäßig sind, daß der Schuldner, um das Pfand einlösen zu können, wieder anderwärts Geld aufborgen, oder das Pfand gar verstossen, und uneingelößt lassen müßte. Ob aber und in wiefern die Kosten für mäßig zu halten sind, muß der Richter nach Vorschrift der *L.* 25. *D. de pign. act.* [5]) aus den Umständen

3) *L. 6. Cod. de pignorib.* In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium praestitisse creditorem constiterit. S. Webers Versuche über das Civilrecht. S. 186. ff.

4) *L. 25. D. h. t.* Si servos pigneratos artificiis instruxit creditor, si quidem iam imbutos *vel voluntate debitoris*, erit actio contraria. S. Westphals Pfandrecht §. 24. Not. 41. S. 66.

5) Ulpian sagt hier: Sicut enim negligere creditorem dolus et culpa, quam praestat, non patitur, ita nec talem efficere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad recuperandam; puta saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres: alioquin non est aequum, aut quaerere me alios creditores, aut cogi distrahere, quod velim receptum, aut tibi penuria coactum derelinquere. Medie igitur haec a iudice

ständen beurtheilen, und hier einen Mittelweg einschlagen, *ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur*, d. i. der Richter darf weder der unbilligen Weigerung des Schuldners nachgeben, wenn dieser nach seinen Vermögensumständen, und salvo pignore dem Gläubiger die verwandten Kosten zu vergüten vermag [6]); noch dem Gläubiger mit seiner unmäßigen Forderung Gehör geben, wenn dieser das Maas des Kostenaufwandes zur Ungebühr überschritten hat. Das Pfandrecht des Gläubigers erstreckt sich jedoch auf diesen Kostenaufwand nicht [7]), sondern dem Gläubiger steht deswegen nur eine persönliche Klage gegen den Schuldner zu, und auch diese fällt weg, wenn

iudice erunt dispicienda, *ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur.*

6) Der Ausdruck *delicatus* bezeichnet bey den Klassikern einen solchen Menschen, qui in negotio, in quo alter sine vitio versatur, morosus, difficilis et fastidiosus est, i. e. qui tantum ex sua parte facere detrectat, quantum debet et potest. SENECA *de Beneficiis* Lib. II. cap. 24. CICERO *Orator* cap. 29. ULPIAN. *L. 6. §. 3. D. de offic. Procons.* Wenden wir diese Bedeutung auf einen *debitor delicatus* an, so ergiebt sich, daß darunter ein solcher Schuldner zu verstehen sey, qui de restituendis impensis, in pignus factis, conventus, creditori non oneroso, i. e. qui in faciendis impensis modum non excessit, tantum restituere detrectat, quantum debet, et, salvo pignore, potest. Man vergleiche *Ern. Mart.* CHLADENII Diss. de debitore delicato in contrario fiduciae iudicio ex mente Ulpiani ad L. 25. D. de pign. act. praeside *Andr. Flor.* RIVINO def. *Vitembergae 1743.* §. 13. sqq. In den *Basilicis* Tom. IV. pag. 10. in fin. heißt es bloß: Τὰς μέσας τοίνυν δαπάνας ὀφείλει σκοπεῖν ὁ δικαστής; i. e. *Iudex igitur sumtus modicos spectare debet.*

7) S. Webers angef. Versuche S. 188. ff.

er den Aufwand gegen das Verbot des Schuldners machte [8]). c) Kosten, die bloß voluptatis causa von dem Gläubiger verwendet worden sind, werden aber auf keinen Fall demselben ersetzt, sondern ihm steht allenfalls ein ius tollendi zu, soweit eine Trennung ohne Schaden der Hauptsache möglich ist [9]). Endlich VI. wenn über das Vermögen des Schuldners ein Concurs entsteht, so erhält der Gläubiger eine vorzügliche Stelle in der zweyten oder dritten Classe [10]).

§. 867.

Pflichten des Pfandgläubigers.

Die Pflichten, welche dem Gläubiger in dem Pfandcontracte obliegen [11]), bestehen darin, I. daß er das Pfand mit gehöriger Sorgfalt verwahre, damit es weder beschädiget werde, noch wegkomme, oder sonst zu Grunde gehe. Der Pfandgläubiger haftet daher 1) für jede Arglist. 2) Für jedes auch noch so geringes Versehen durch schädliche Thätigkeit. Denn hier kann er auch mit der actio legis Aquiliae belangt werden [12]), in qua et levissima

8) *L. 40. D. mandati. L. ult. Cod. de negot. gest.* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLVI. medit. 3. Hufelands Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 778. Not. f.

9) S. ERXLEBEN de iure pignorum §. 154. und Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 829.

10) Georg Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder. Gießen und Darmstadt 1802. 8.

11) *Henr.* KLUIT Diss. de obligatione creditoris in pignore. *Lugd. Bat. 1786.*

12) *L. 18. §. 1. D. Commodati. L. 7. Cod. de pigner. act.*

ſima culpa venit, wie Ulpian [13]) ſagt. 3) Für Unterlaſſung der nöthigen Sorgfalt und Aufſicht. Iſt die Sache dadurch gänzlich verlohren oder zu Grunde gegangen, ſo iſt er für jede Unachtſamkeit verantwortlich, und nur der unabwendliche Zufall befreyt ihn von der Verbindlichkeit zum Schadensersatz. Denn der Fauſtpfandgläubiger muß nicht nur dolus und culpa, ſondern auch cuſtodia präſtiren. *L.* 19. *Cod. de pignoribus* ſagt: Sicut *vim maiorem* pignorum creditor praeſtare non habet neceſſe: ita dolum et culpam, ſed et *cuſtodiam* exhibere cogitur. Eben dieſes beſtätiget *L.* 8. *Cod. de pign. act.* wo es heißt: Si *nulla culpa* ſeu *ſegnitia* creditori imputari poteſt, pignorum amiſſorum diſpendium *ad periculum eius* minime pertinet. Daß es hier auf keinen beſtimmten Grad der Culpa ankomme, wenn das Pfand verlohren geht, erhellet ferner aus *L.* 5. *Cod. eodem*, wo geſagt wird: Si creditor *ſine vitio ſuo* argentum pignori datum *perdiderit*, reſtituere id non cogitur: ſed *ſi culpae reus deprehenditur*, — quanti debitoris intereſt, condemnari debet. Hier ſteht nun alſo der Pfandgläubiger eben ſo, wie der Commodatar, der Pächter, und der Verkäufer, welche die Geſetze gleichfalls zur cuſtodia plena verpflichten, für alle Gefahr, wenn die Sache geſtohlen wird, oder ſonſt durch irgend ein Verſehen deſſelben zu Grunde geht [14]). Ulpian ſagt ganz beſtimmt *L.* 14. §. 16. *D. de furt.* Puto omnibus, *quorum periculo res alienae ſunt*, veluti commodatae, item

13) *L.* 44. *D. ad Leg. Aquil.* S. den 10. Th. dieſes Commentars §. 699.

14) S. *Chriſtoph. Lud.* CRELL Diſp. de cuſtodia et periculo pignoris. *Vitemb.* 1733.

item locatae, *pignorisve nomine acceptae*, si hae *subreptae* sint, omnibus *furti actiones* competere [15]). Ist hingegen das Pfand durch Vernachläßigung des Gläubigers bloß beschädiget, und dadurch in seinem Werth vermindert worden, so kommt es darauf an, ob der Contract, wie gewöhnlich, zum Vortheil beyder Theile geschlossen worden ist, oder, wie zuweilen der Fall seyn kann, bloß dem Gläubiger allein zum Vortheil gereicht. In dem ersten Falle steht der Pfandgläubiger nur für culpa levis, d. h. er haftet nur dann für den Schaden, wenn er durch eine solche Nachläßigkeit geschehen ist, dergleichen kein ordentlicher und vorsichtiger Mensch begangen haben würde. Es gehören hierher folgende Stellen.

§. 4. *I. Quib. modis re contrah. obligatio.* Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed *quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei credatur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum:* placuit sufficere, si ad eam custodiendam *exactam diligentiam* adhibeat.

L. 5. §. 2. D. Commodati. Sed *ubi utriusque utilitas vertitur*, ut in emto, in locato, in dote, *in pignore* — et dolus et culpa praestatur.

Daß hier unter der *culpa* nur die culpa levis und nicht levissima zu verstehen sey, erhellet aus dem Nachsatz: *Commodatum* autem plerumque *solam utilitatem continet eius, cui commodatur;* et ideo verior est QUINTI MUCII sententia

15) Von der custodia plena des Verkäufers redet *L. 2. §. 1. L. 3. D. de periculo et comm. rei venditae.*

tentia existimantis, *et culpam praestandam et diligentiam.* Offenbar soll doch wohl *diligentia* hier mehr bedeuten, als *culpa.* Um des Prekarium willen konnte auch wohl Ulpian das Commodat nicht so ausgezeichnet haben, als bey welchem nur dolus und culpa lata prästirt wird, da hierüber gar kein Zweifel war. Sicher dachte auch hier Ulpian *libro* 28. *ad Edictum* an das Prekarium nicht, von welchem er *L.* 8. §. 3. *D. de precario*, libro 71. ad Edictum sagt: Illud adnotatur, quod *culpam* non praestat, qui precario rogavit, sed *solum dolum* praestat: quanquam is, qui *commodatum* suscepit, *non tantum dolum, sed etiam culpam praestat.* Hier konnte freylich dem römischen Juristen, um das Commodat vom Prekarium zu unterscheiden, schon die Bemerkung genügen, daß der Commodatar dolus und culpa prästire, der Beysatz, er hafte auch für diligentia, war hier nicht nöthig, wohl aber dort, wo er *L.* 5. §. 3. *D. Commodati*, das Commodat vom pignus, und andern Contracten zu unterscheiden suchte, aus welchen beyde Contrahenten in der Regel gleichen Vortheil ziehen [16]. Folgende Stelle aus Cajus libro 9. ad Edictum wird aber vollends allen Zweifel heben.

L. 18. *pr. D. Commodati.* In rebus commodatis talis *diligentia* praestanda est, *qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet*: ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit; veluti mor-

16) Herr von Löhr in s. Theorie der Culpa. Giessen 1806. 1. Abschn. S. 46. ff. ist zwar anderer Meinung. Allein man sehe Schömans Handbuch des Civilrechts 2. B. S. 242. ff. und MALBLANC Diss. de culpa eiusque speciebus et gradibus. *Tübingae* 1807. §. 7.

mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. —— Haec ita, *si duntaxat accipientis gratia commodata sit res.* At si *utriusque*, veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas. Sed videndum est, *ne et culpa praestanda sit:* ut ita culpae fiat aestimatio, *sicut in rebus pignori datis*, et dotalibus *aestimari solet.*

Besonders merkwürdig sind noch folgende Fragmente.

L. 14. *D. de pign. act.* Ea igitur, *quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet*, a creditore exiguntur.

L. 23. *D. de div. reg. iuris.* Contractus quidam *dolum malum* duntaxat recipiunt: quidam et *dolum et culpam*: dolum tantum, depositum et precarium: *dolum et culpam*, mandatum, commodatum, venditum, *pignori acceptum*, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta, in his quidam et *diligentiam.*

Ein Beyspiel von culpa levis giebt *L.* 15. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: Creditor cum pignus reddit, de dolo debet debitori repromittere: et si praedium fuit pigneratum, et de iure eius repromittendum est, ne forte servitutes, cessante uti creditore, amissae sint. Hat der Gläubiger Servituten, die dem verpfändeten Grundstück zustanden, durch unterlassene Ausübung derselben

ben erlöschen lassen; so hat er dadurch das Grundstück deteriorirt, und er haftet daher für seine Culpa.

Ist hingegen der Pfandcontract bloß zum Vortheil des Gläubigers geschlossen worden, so steht er unbedingt für jedes, auch das geringste Versehen, eben so wie der Commodatar, wenn er allein den Nutzen aus dem Contract zieht. Nur daß dieses beym Commodat der gewöhnliche, beym Pfandcontract aber der ungewöhnliche Fall ist [17]. Man rechnet hierher den Fall, wenn sich der Gläubiger, um sein Geld sicher unterzubringen, dem Schuldner aufdrang, da ihm ein anderer Freund ohne Pfandgebung creditiren wollte; oder wenn der Gläubiger dem Schuldner vorher ohne Pfand creditirt hatte, letzter aber nachher von freyen Stücken dem Gläubiger zu mehrerer Sicherheit ein Pfand giebt; oder wenn ein Dritter für den Schuldner das Pfand bestellt. Solius autem creditoris utilitas tunc vertitur, sagt **Voet** [18], cum non debitor, *sed tertius pro debitore*, pignus dat: quamvis enim debitoris quoque intersit, pignus dari, dum sine eo forte fidem haud inveniret, tamen, si contractum pignoris spectes, quod iam non inter creditorem et debitorem, sed inter creditorem et tertium pignus dantem intercedit, solius creditoris gratia, non item tertii pignus dantis, et inde pignoratitia experiuntis, pignus celebratum apparet. Von diesem Falle will denn nun auch **Voet**, nach Cujaz [19], dem auch **Mal-**

17) S. *Ge. Sam.* MADIHN Comment. Creditorem in pignore media diligentia non semper liberari. *Halae Magdeb. 1764.*

18) Commentar. ad Pand. h. t. §. 5.

19) Observation. Lib. XIX. cap. 24.

Malblanc[20]) beystimmt, die so sehr bestrittene *L.* 13. §. 1. *D. h. t.* verstehen, wo **Ulpian** sagt: Venit autem in hac actione et dolus, et culpa, *ut in commodato*; venit et custodia: vis maior non venit. Von jeher hat diese Stelle unsere Ausleger in große Verlegenheit gesetzt, und es sind darüber mancherley Interpretationen sowohl, als kritische Emendationen zum Vorschein gekommen, welche wohl einmal ordentlich zusammengestellt, und etwas genauer, als bisher geschehen ist, geprüft zu werden verdienen. Man kann sie ganz füglich unter zwey Hauptclassen bringen. Die eine Parthey[21]) behauptet, daß unter der hac actione gar nicht die actio pigneratitia directa, die dem Schuldner nach getilgter Schuld gegen den Pfandgläubiger auf Zurückgabe des Pfandes zusteht, sondern eine ganz andere Klage zu verstehen sey, deren in dem Principium dieses Fragments gedacht wird; nämlich die Reivindication, oder actio in factum, welche dort dem Schuldner gegen den Dritten gestattet wird, an den der Gläubiger das Pfand, ehe er noch dazu befugt war, unter der Bedingung verkauft hatte, dasselbe gegen Erstattung des Kaufgeldes wieder zurückzugeben, wenn der Schuldner nachher noch Zahlung leisten würde. Ohne Zweifel, sagt man, müsse hier der Käufer für culpa levissima haften, da er wissentlich eine fremde verpfändete Sache an sich gekauft habe, wel-

20) Princip. iuris Rom. P. II. Sect. I. §. 497. pag. 350.

21) *Abrah.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 7. *Io. Henr. Christ.* ERXLEBEN Princip. de iure pignor. et hypothecar. § 161. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 796.

welche der Gläubiger ihm zu verkaufen nicht befugt war. Allein auch davon abgesehen, daß es an sich schon widersinnig scheint, in einem Falle, wo eine unerlaubte Handlung den Beklagten für jedes Versehen verantwortlich machte, den Maasstab der zu prästirenden Culpa von dem Commodat herzunehmen, mit welchem doch jener Fall gar nicht die mindeste Aehnlichkeit hat; so leuchtet ja die offenbare Unrichtigkeit dieser Erklärung sofort jedem in die Augen, welcher die *L.* 13. mit der gleich folgenden *L.* 14. im Zusammenhange zu lesen sich die Mühe nimmt. Denn hier wird, als Folgerung aus dem vorhergehenden §. 1. der *L.* 13. ganz deutlich gesagt: Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a *creditore* exiguntur. Welches Unsinns müßte man den Tribonian fähig halten, wie Thibaut [22]) hier sehr richtig erinnert hat, wenn man annehmen wollte, er habe den §. 1. der *L.* 13. nicht vom Pfandgläubiger verstanden! Die andere Klasse der Ausleger, und diese zählt die meisten Stimmen, machen diejenigen aus, welche die *L.* 13. §. 1. *cit.* von der actio pigneratitia directa verstehen, und diese haben denn in so weit zwar allerdings Recht, nur sind sie freylich in der Erklärung des Fragments selbst wieder sehr verschiedener Meinung. Einige suchen dasselbe ohne alle Emendation mit den übrigen oben angeführten Stellen zu vereinigen, und hier giebt es wieder viererley Meinungen. Nach der einen [23]) wird behauptet, durch die angeführ-

22) Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts §. 36. S. 156. f. der zweyten Auflage.

23) *Barth.* CHESIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 45. nr. 11. CRELL in Diss. cit. de custodia et periculo pignoris §. 5. RIVI-

geführten Worte der *L.* 13. werde die Regel aufgestellt, daß der Pfandinhabende Gläubiger auch für das geringste Versehen haften müsse. Um über diesen Satz gar keinen Zweifel übrig zu lassen, vergleiche **Ulpian** nicht nur die Pfandklage in dieser Hinsicht mit der aus dem Leihcontract entstehenden, welche auch auf Ersatz eines jeden nicht rein zufälligen Schadens gehe, sondern füge auch sogar noch in den Worten: *vis maior non venit*, den Gegensatz hinzu, daß nur äussere Gewalt, welcher der Pfandgläubiger zu widerstehen nicht im Stande war, zu seiner Entschuldigung hinreichen solle. Gerade das Nämliche werde auch in der oben angeführten Stelle der Institutionen, und *L.* 19. *Cod. de pignoribus* gesagt, und so stehe den alles in dem besten Einklange. Allein nach dieser Meinung bleibt ja der Widerspruch zwischen der *L.* 13. und *L.* 5. §. 2. auch *L.* 18. *pr. D. Commodati* unverkennbar, wo ganz bestimmt gesagt wird, der Pfandgläubiger prästire nur dolus und culpa, der Commodatar aber nicht nur diese, sondern auch diligentia. Nach einer zweyten Meinung, welche, wie bereits oben bemerkt worden ist, **Cujaz**, **Voet** und **Malblank** annehmen, soll die *L.* 13. §. 1. bloß von dem Falle zu verstehen seyn, wenn der Gläubiger von der Pfandgebung allein den Vortheil hat. Allein wer sollte wohl glauben, daß **Ulpian**, der hier die Natur der actio pigneratitia directa erklären wollte, und sich daher ganz allgemein ausdrückt, von einem Falle geredet

RIVINUS Diss. de culpa levissima in pignore a creditore praestanda. *Vitemb.* 1751. Thibaut System des Pandectenrechts 2. Band §. 653. und besonders B. W. Pfeiffer vermischte Aufsätze über Gegenstände des Teutschen und Römischen Privatrechts (Marburg 1803.) S. 89. ff.

det haben sollte, der bey den Pfandcontract eine eben solche Seltenheit ist, als bey dem Commodat der Fall des beyderseitigen Vortheils? Nach einer dritten Meinung, welche **Johann Wilhelm Markart** [24]) und **Franz Schömann** [25]) vertheidigen, wird die von **Ulpian** zwischen pignus und commodatum in Absicht auf dolus und culpa angestellte Vergleichung dadurch gerechtfertiget, daß in beyden Contracten culpa levis prästirt werde. Für diligentia im eigentlichen Sinn hingegen, welche noch ausserdem der Commodatar prästiren müsse, (*L.* 5. §. 2. *D. commodati*) stehe der Pfandgläubiger nicht, wohl aber für custodia; in Ansehung dieser entschuldige ihn nichts, als reiner und unabwendlicher Unglücksfall. *Vis maior non venit. Vim maiorem pignorum creditor praestare non habet necesse.* Diese Erklärung ist allerdings die natürlichste, welche auch mit dem Sprachgebrauche der Gesetze, und den übrigen Stellen, welche von diesen Contracten handeln, am besten übereinstimmt. Wie **Ulpian** hier bey der Bestimmung der Culpa im Pfandcontract auf das Commodat verfiel, läßt sich auch leicht erklären. In dem Edicto perpetuo war unmittelbar vor dem Pfandcontract, vom Commodat die Rede gewesen. Man sieht dies unter andern daraus, weil in des **Paulus** *Sententiis receptis* lib. II. auf den Tit. 4. *de commodato*, gleich Tit. 5. de pignore folgt. Daß aber diese *Sententiae receptae* nach der Ordnung des edicti perpetui abgefaßt waren, hat **Anton Schulting** [26]) ausführlich bewiesen. Es erhellet

24) Probabil. receptar. Lection. iuris civ. (*Trajecti ad Rhen. 1737.*) pag. 110. sqq.

25) Lehre vom Schadensersatz 1. Th. S. 160. f.

26) Iurisprud. Antejust. pag. 211. seqq.

let dieses auch daraus, weil Ulpian *Libro* 28. *ad Edictum* von dem commodatum und pignus gehandelt hat, wie die Inscription der in den Pandecten daraus entlehnten Fragmente beweißt. Es ist daher die Inscription der *L.* 13 *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 38. *ad Edictum* offenbar fehlerhaft, und muß vielmehr *libro* 28. gelesen werden, wie auch Jacob Labittus [27]) bemerkt hat. Hieraus erklärt sich auch, warum in den Pandecten der Tit. *de pigneratitia actione* auf den Tit. *Commodati* folgt. Die Richtigkeit jener Erklärung ergiebt sich endlich noch insonderheit daraus, daß auch an andern Orten Ulpian das pignus und commodatum in Absicht auf dolus und culpa einander gleichstellt [28]). Mit Recht sagt daher Anton Faber [29]): Quod hic ſcribitur in pignore, non tantum dolum venire, ſed etiam culpam, *ſicut in commodato*, non tollit differentiam, quae eſt inter pignus et commodatum, quod ad culpam leviſſimam pertinet. Endlich nach einer vierten Meinung, welche besonders Samuel von Cocceji [30]), Georg Sam. Madihn [31]) und Westphal [32]) haben, soll Ulpian in den Worten: *ut in commodato*, auf den Unterschied gedeutet haben, den Cajus *L.* 18. *pr. D. Commodati* beym Leihcon-

27) Uſus Indicis Pandectar. Cap. VI. §. 8. in *Abr.* WIELING Iurisprud. reſtit. T. II. pag. 118.

28) *L. 23. D. de div. reg. iur. L. 18. pr. D. Commodati.*

29) Rational. in Pand. ad L. 13. §. 1. D. h. t.

30) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 18.

31) Cit. Commentat. Creditorem in pignore media diligentia non ſemper liberari. *Halae* 1764. pag. 14.

32) Pfandrecht §. 31. Not. 50. S. 79.

contract macht. Es komme nämlich bey dem Pfandcontract eben so, wie bey dem Leihcontract, in Absicht auf die Prästation der Kulpa darauf an, ob die Verpfändung zum Vortheil beyder Kontrahenten, oder bloß um des Gläubigers willen geschehen sey. In dem ersten Falle stehe der Pfandgläubiger nur für culpa levis, eben so, wie der Commodatar, wenn der Contract nicht bloß ihm, sondern auch dem Verleiher zum Vortheil gereicht; in dem letzten Falle aber müsse der Pfandgläubiger für das geringste Versehen haften, eben so, wie der Commodatar, wenn der Contract, wie gewöhnlich, bloß zu seinem Vortheil gereicht. Ob nun wohl auch diese Erklärung vor jeder Emendation den Vorzug verdient; so behaupten dennoch viele, sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten, daß der Schwierigkeit, ohne eine Aenderung vorzunehmen, auf keine Weise abzuhelfen sey. Es theilen sich aber auch hier wieder die Meinungen der Kritiker. Einige wollen statt: UT *in commodato; venit et custodia*: so lesen: AT *in commodato venit et custodia.* **Gerhard Noodt** [33]) macht diese Emendation hauptsächlich zu der seinigen; obwohl schon vor ihm **Johann Niellius** [34]) eben so emendirte. Gegen den Vorwurf eines Plagiums hat ihn indessen sein Biograph **Johann Barbeyrac** [35]) vollkommen gerechtfertiget. Nach dieser Emendation habe nun also Ulpian hier den Unterschied zwischen pignus und commodatum in Absicht auf

33) Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 4.

34) Dissertat. feudal. Diss. III. §. ult. lit. k. Mehrere Nachrichten von diesem Niellius giebt *Abr.* WIELING in Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 7. Not. *. pag. 24. sq.

35) Vita *Ger.* NOODTII in fin. §. *Non possum*, Praefationi *Operum* eius adjecta.

auf die culpae praestatio angeben wollen, und diesen darin gesetzt, daß der Pfandgläubiger nur für dolus und culpa sc. levis hafte, der Commodatar aber nicht bloß diese, sondern auch culpa levissima prästiren müsse. Ob nun gleich diese Noodtische Emendation nicht nur die *L.* 19. *Cod. de pignorib.* sondern auch die Auctorität der Basiliken [36]) gegen sich hat, und daher mit Recht von Christfried **Wächtler** [37]) angegriffen wurde, so suchte dennoch **Noodt** seine Conjectur noch weiter [38]) zu bestärken, und erwarb sich dadurch mehrere Anhänger, welche seine Meinung nicht nur annahmen [39]), sondern auch gegen

36) Tom. IV. Lib. 25. Tit. 1. pag. 6. Ἀπαιτεῖ ἡ περὶ του ἐνεχύρου ἀγωγὴ δόλον και ῥαθυμίαν, ὡς ἡ περὶ τοῦ ἐν χρήσει δοθέντος ἀγωγὴ, καὶ ἡ περὶ Φυλακὴν ἀγωγή. i. e. *Actio pigneratitia exigit dolum et negligentiam, sicut actio commodati, et actio de custodia.* Die Uebersetzung der Griechen ist zwar in den letztern Worten ganz unrichtig, wo sie unter der *custodia* das depositum verstehen wollen; man sieht aber doch soviel, daß das *ut*, ὡς, nicht soviel, als *at*, ἀλλὰ, sondern *sicut* heißen soll, wie solches *L. 18. pr. D. Commodati* gebraucht wird. Fabrot hat hier, statt den griechischen Text zu übersetzen, geradezu die Worte Ulpians beybehalten.

37) Notae ad G. NOODTII Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 4. in *Opuscul.* pag. 202.

38) Probabil. Lib. IV. cap. 3.

39) *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 29. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Annotation. ad Vinnii Commentar. in §. ult. I. Quib. mod. re contrah. obligat. nr. 5. *Iust. Henn.* BOEHMER Iur. Dig. h. t. §. 6. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLIII. medit. 3. und *Christ. Henr.* ECKHARD. Hermeneut. iuris Lib. I. §. 76. Not. *) pag. 85.

gen die neuern Anfechtungen des Wächtlers[40]) aus mehren Gründen zu vertheidigen suchten[41]). Allein die ihr entgegenstehenden Zweifel sind auf keine befriedigende Art gelößt; sie wurde daher mit Recht von Huber[42]), Wieling[43]) und Walch[44]) verworffen. Eine andere Conjectur brachte zwar Pagenstecher[45]) zum Vorscheln, welcher statt *ut*, durch Gemination *utut* lesen, und dieses durch obgleich übersetzen will. Allein dieser Emendation stehen die nämlichen Zweifel, wie der Noodtischen, entgegen. Die meisten neuern Rechtsgelehrten lesen daher die Worte des Textes unabgeändert, und streichen bloß das Unterscheidungszeichen nach den Worten: *ut in commodato;* weg, und lesen: ut in commodato venit et custodia. Diese weichen aber wieder in ihren Erklärungen von einander

40) Notae postum. ad *Ger.* NOODTII libr. IV. Probabil. iuris civ. in *Actis Eruditor. Lipsiens.* Mens. Novembr. Anni 1732. pag. 514. sqq.

41) DUCKER in Observation. Miscell. Batav. Vol. III. Tom. I. pag. 123. (et in PÜTTMANNI Opuscul. iuridic. ex Observat. Miscell. Batav. in unum Volum. collect. *Halae 1782.* 8. pag. 39. sqq.) und *Adrian van* DORP in Diss. ad loca quaedam iuris et alia Observationes. *Franequerae 1760.* Cap. 4. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. III. pag. 41.)

42) Eunom. Roman. ad L. 13. §. 1. D. h. t. pag. 541. sq.

43) Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 7.

44) Ad *Eckhardi* Hermeneut. iur. pag. 86. und in Introduct. in controvers. iuris civ. pag. 543. Not. *)

45) Adversar. Lib. II. cap. 10.

ander ab. Einige[46]) kommen darin mit **Noodt** überein, daß sie glauben, **Ulpian** habe hier den Unterschied zwischen pignus und commodatum in Absicht auf culpae praestatio angeben wollen. Der Sinn der bestrittenen Stelle sey also der: im Pfandcontract werde dolus und culpa levis prästirt, gleichwie im Leihcontract, ausser dolus und culpa levis, auch levissima prästirt werde, wie die Worte *ut et*, d. i. quemadmodum etiam deutlich genug anzeigten. Allein daß von einem solchen Unterschiede auch nicht eine Spur in dem Fragment zu finden sey, leuchtet in die Augen. Andere[47]) beziehen daher richtiger die Worte: *venit et custodia*: in Gemäßheit der *L. 19. Cod. de pignor.* auf die actio pigneratitia. Unter diesen hat **Wächtler** wohl am besten erklärt, wenn er sagt, **Ulpian** deute hier auf eine doppelte Pflicht des Pfandgläubigers, a) daß das Pfand bey ihm nicht deteriorirt werde; b) daß es auch nicht bey ihm verlohren gehe. Wegen jener stehe er für culpa, sc. levis, wegen dieser aber für custodia, d. i. für culpa levissima. Aus allem ergiebt sich übrigens soviel, daß man nicht nöthig habe, mit **Schilter**[48]) und **Godefroi**[49]) einen nicht zu ver-

46) *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 6. und *Died God.* LAMPRECHT Commentat. ad L. 13. D. de pign. act. *Goettingae 1750.* §. 13.

47) *Andr. Guil.* CRAMER Dispunction. iuris civ. lib. sing. (*Suerin.* et *Wismar.* 1792. 8) Cap. 13. Not. rrr. pag. 118. *Christ. Guil.* WEHRN Doctr. iuris explicatrix principior. causar. damni praestandi. §. 6. pag. 63 und *Christfr.* WAECHTLER Opuscul. pag. 202.

48) Prax. Iur. Rom. Exercitat. XXVI. §. 6.

49) Commentar. in Tit. Pand. de div. regulis iur. ad L. 23. D. eod. pag. 133. in fin.

vereinigenden Dissensus unter den Römischen Juristen in dieser Lehre anzunehmen.

§. 868.

Verbindlichkeit des Pfandgläubigers zum Schadensersatz.

Geht nun das Pfand durch eine solche Culpa zu Grunde, für welche der Pfandgläubiger haften muß, so muß er zwar den Schaden, und alles Interesse ersetzen; allein er kann auch dasjenige abrechnen, was er selbst an Capital, Zinsen und aufgewandten Kosten zu fordern hat. *L. 7. Cod. h. t.* sagt: Creditor, qui fundos et domos pignori vel hypothecae accepit, damnum in decidendis arboribus domibusque destruendis ab eo datum, in rationem debiti [50]) deducere cogitur. Et si dolo vel culpa rem suppositam deteriorem fecerit: eo quoque nomine pigneratitia actione tenebitur, ut talem restituat, qualis fuerat tempore obligationis. Creditor autem necessarios sumtus, quos circa res pigneratitias fecit, exigere non prohibetur.

Für die Unglücksfälle darf jedoch der Pfandgläubiger in der Regel nicht haften. Diese muß billig der Verpfänder allein tragen, da er das Eigenthum des Pfandes behält. Ein Anders wäre, wenn der Gläubiger die Unglücksfälle durch Vertrag übernommen hätte. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 6. Cod. h. t. Quae *fortuitis casibus* accidunt, *cum praevideri non potuerint*, (in quibus etiam aggressu-

50) CUJACIUS in Recitat. solemn. in Cod. ad L. 7. h. t. und Westphal im Pfandrecht §. 31. Not 50. halten das Wort *debiti* für überflüßig, allein dazu ist kein hinlänglicher Grund vorhanden. Die Glosse erklärt die Worte *in rationem debiti* richtig in compensationem debiti.

ra latronum est) nullo bonae fidei iudicio praestantur: *et ideo creditor pignora, quae huiusmodi casu interierint, praestare non compellitur*: nec a petitione debiti submovetur, *nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem.*

L. 9. Cod. eodem. Pignus *in bonis debitoris* permanere, *ideoque ipsi perire, in dubium non venit.* Cum igitur adseveras in horreis pignora deposita: consequens est, secundum ius perpetuum pignoribus debitori pereuntibus, (si tamen in horreis, quibus et alii solebant publice uti, res depositae sint) personalem actionem debiti reposcendi causa integram te habere. Sollte jedoch der Unglücksfall durch contractswidrigen Gebrauch des Pfandes veranlaßt worden seyn, oder sollte sich gar der Gläubiger mit Unrecht und gegen den Willen des Schuldners ein Unterpfand an seinen Sachen angemaßt haben, so versteht es sich, daß er auch für den ungefähren Zufall haften muß, insofern derselbe eine Folge seiner unerlaubten Handlung war. Einen solchen Fall hat Paulus *L. 30. D. h. t.* Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit; postea flumen crevit, et ratem abstulit: si invito ratiario retinuisset, eius periculo ratem fuisse, respondit; sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam duntaxat ei praestandam, non vim maiorem.

§. 869.

Verbindlichkeit zur Restitution des Pfandes. Lex commissoria.

Der Gläubiger ist II. das Pfand, dessen Besitz er erhalten hat, in Natur zurückzugeben schuldig, sobald die Schuld getilgt ist. Er muß nur vollkommen befriediget

seyn.

seyn [51]). Ist dieses geschehen, so kann ihn von seiner Verbindlichkeit nichts befreyen, als wenn er klar beweißt, daß ihm das Eigenthum des Pfandes selbst zustehe, weil damit die Gültigkeit des Pfandcontracts nicht bestehen kann [52]). Dahingegen kommt dem Gläubiger die Einrede, daß das Pfand nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten zugehöre, nicht zu statten. Denn diese betrifft die Rechte eines Dritten, wodurch keiner der Contrahenten sich befugt halten darf, die gegenseitigen Forderungen aus dem Contract abzulehnen. Ueberdem ist bekannt, daß der Pfandcontract sich nicht auf eigenthümliche Sachen des Schuldners beschränkt, sondern auch in Ansehung fremder Sachen wenigstens unter den contrahirenden Theilen seine rechtlichen Wirkungen behauptet [53]). Daher versagen die Gesetze auch sogar dem Diebe und Räuber die Klage aus dem Pfandcontracte nicht, wenn die Schuld getilgt ist, weil sie für die Sache haften müssen [54]). Eben so wenig kann auch der commissorische Vertrag den Gläubiger gegen die Verbindlichkeit schützen, das Pfand nach getilgter Schuld zurückzugeben. Man versteht unter dem commissorischen Vertrage [55]) überhaupt eine solche Verabre-

51) *L. 9. §. 3. D. h. t.*

52) *L. 45. D. de div. reg. iuris.* Neque *pignus*, neque depositum, neque emtio, neque locatio *rei suae* consistere potest. S. Webers Beyträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 2. u. 3. Stück Nr. 14. S. 87. ff.

53) *L. 9. §. 4. D. h. t.*

54) *L. 22. §. 2. D. eodem.*

55) *Gottfr. a* IENA Diss. de lege commissoria. *Francof. 1656.* 4. *Mart. Gottl.* PAULI Diss. eiusd. arg. *Vitemb. 1763.* und *Ge. Frid.* KRAUSE Diss. de eod. arg. *Ibid. 1766.*

abredung, wodurch bey Schließung eines Contracts festgesetzt wird, daß derjenige Theil seines Rechts aus dem Contract verlustig seyn solle, welcher seiner Verbindlichkeit nicht zur bestimmten Zeit nachkommen würde. Bekanntlich geht das Recht eines Contrahenten der Regel nach darum noch nicht gleich verlohren, weil er zur bestimmten Zeit seiner Verbindlichkeit kein Genüge geleistet hat[56]. Wenn also

56) In dem römischen Recht wird dieser Vertrag *Lex commissoria* genennt. Das Wort *Lex* wird also hier für *pactum* genommen. Es kann aber auch eine gewisse Bestimmung andeuten, unter welcher sich Jemand zu diesem oder jenem anheischig macht, wie Weber in den Versuchen über das Civilrecht S. 359. ganz richtig bemerkt. Der bekannte Satz pacta dant *legem* contractui, rechtfertiget diese Erklärung vollkommen. So sagt ferner *L. 60. D. de contrah. emt. vend.* Lege venditionis comprehensum erat. Was aber die Bedeutung des Worts *committere* anbetrift, so sind deshalb die Ausleger nicht einerley Meinung. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 19. erklärt dieses Wort so: rem alterius arbitrio et potestati subiicere, ut sit eius electio, utrum contractum irritum facere, an valere velit sua lege contemta. Andere z. B. FRANTZKE in Comment. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 2. und MENCKEN in Diss. de lege commissoria iure reprobata §. 1. nr. 2. erklären es durch amittere, perdere. Allein COMMITTERE heißt hier eigentlich soviel, als etwas begehen oder gegen ein Gesetz handeln, welches den Verlust eines Rechts drohet. S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. voc. *Committere.* COMMISSUM wird daher dasjenige genennt, dessen sich Jemand durch pflichtwidrige Handlungen dergestalt verlustig gemacht hat, daß das verwirkte Recht dadurch an einen Andern fällt, wie aus dem Tit. de publicanis, vectigalibus atque *commissis* erhellet. S. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano, ad L. 7. D. de lege commiss. pag. 454. In dem Canonischen Recht

also z. B. ein Käufer das Kaufgeld nicht in dem bestimmten Termin bezahlt hat, so ist deshalb der Verkäufer nicht gleich berechtiget, auf die Aufhebung des Contracts zu klagen. Der Verkäufer bleibt immer noch an den einmal geschlossenen Handel gebunden, und kann gegen den Käufer nur auf die Erfüllung des Contracts klagen. Gesetzt aber, die Contrahenten hätten die Verabredung getroffen, daß wenn der Käufer das Kaufgeld nicht zur bestimmten Zeit berichtigen würde, der Contract sodann nicht weiter gelten solle, so sagt man, der Kauf sey sub lege commissoria geschlossen[57]). Wendet man dieses auf Verpfändungen an, so wird unter *Lex commissoria in pignore* derjenige Vertrag verstanden, wodurch ausbedungen wird, daß das Pfand, im Falle die Schuld nicht zur bestimmten Zeit wieder bezahlt werden würde, verfallen seyn, und dem Gläubiger, ohne weitern Verkauf, für die schuldige Summe eigenthümlich verbleiben solle[58]). In den Gesetzen der Pandecten geschieht die-

Recht kommt der Ausdruck *pactum legis commissoriae* vor. *Cap. 7. X. de pignorib.* *Ant.* FABER De errorib. Pragmaticor. Decad XXI. Err. 1. *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. I. Thes. iuris Rom. pag. 31. und WISSENBACH in Exercitat. ad Pand. Disput. XXXIV. Th. 16. erklären ihn geradezu für ungereimt, eben so als wenn man sagen wollte, *pactum pacti commissorii.* Allein CUJACIUS in Comment. ad Tit. Cod. de pactis pignor. und *Corn. van* BYNKERSHOEK in libro sing. ad L. Lecta 40. D. de reb. credit. cap. 11. pag. 92. haben die Ehre des Pabstes zu retten gesucht. Sagt doch auch Kr. Alexander *L. 4. Cod. de pactis inter emt. et vendit.* commissoriae venditionis legem exercere.

57) *L. 1. 2. et 4. D. de lege commissoria.*

58) Von dem commissorischen Vertrage bey Verpfändungen handeln *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad-

dieses Vertrags bey Verpfändungen nirgends Erwähnung. Denn der bekannte Titel in den Pandecten de lege commissoria (XVIII. 3.) handelt blos von dem commissorischen Vertrage beym Kaufcontract. Daß indessen dieser Vertrag ehemals auch bey Verpfändungen für erlaubt gehalten worden, und auch sogar bey Hypotheken üblich gewesen sey, lehrt eine Stelle des Cicero[59]), in welcher von hypo-

cad. XXI. Err. 1—5. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. *Fabrum.* Lib. III. Tract. 13. Qu. 1—4. *Iac.* MAESTERTIUS Tr. de lege commissoria in pignoribus. *Lugd. Batav. 1639.* *Io. Guil.* ENGELBRECHT Diss. de lege commissoria contractui pignoratitio illicite, et emtioni venditioni aliisque contractibus licite adjecta *Helmstadii 1729.* *Io. Guil. van* MUSSCHENBROECK Spec. iurid. inaug. de lege commissoria in pignore. *Lugd. Batav. 1752.* (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Diss. iuridicar. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. X. pag. 633 sqq.) Ad. Diet. Webers kurze Erörterung der Frage: Wie weit erstreckt sich eigentlich bey Verpfändungen das Verbot der Lex commissoria? In Desselben Versuchen über das Civilrecht Nr. V. S. 351. ff. (auch in des D. Koppe Niedersächsischem Archiv für Jurisprudenz u. Litteratur 1. B. 3. St. Nr. 14. S. 160. ff.) und Otto Ludw. von Eichmann rechtl. Anmerkungen von der Uebereinstimmung und Verschiedenheit einiger Rechte in Ansehung der L. commissoria, wenn etwas verpfändet wird; (in Desselben Sammlung kleiner Abhandlungen. Nr XIX.) die irrigen Ideen des Cujaz und Anton Fabers von der L. commissoria bey Verpfändungen, welche behaupten, sie sey zum Besten des Schuldners dem alten contractus fiduciae beygefügt worden, hat Westphal im Pfandrecht §. 260. Not. 292. S. 379 ausführlich widerlegt. Man sehe auch *Franc. Car.* CONRADI de pacto fiduciae Exercit. I. §. 20.

59) *Epistol. famil.* Lib. XIII. Epist. 56. Philotes Alabandensis ὑποθήκας Cluvio dedit. *Hae commissae sunt.* Cures velim, *ut*

hypothecis commissis die Rede ist, die wegen ausgebliebener Bezahlung der Schuld an den Gläubiger verfallen waren, und zu deren Ueberlassung daher der Schuldner von dem Proprätor, an welchen deshalb Cicero schrieb, angehalten werden sollte. Weil jedoch dieser Vertrag wegen der Härte und Habsucht der Gläubiger für die Schuldner sehr nachtheilig war, so ist derselbe, um alle unbillige Bedrückungen und Vervortheilungen, denen sie von Seiten der Gläubiger ausgesetzt waren, in Zukunft zu verhüten, in dem neuern römischen Recht gänzlich verboten worden. Merkwürdig ist deshalb die Verordnung des Kaisers Constantin des Großen, *L. 3. Cod. de pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda* vom Jahr 326. oder eigentlich 320. [60]), worüber **Jac. Gothofredus**

ut de hypothecis decedat, easque procuratoribus Cluvii tradat, aut pecuniam solvat. Philotes hatte seinem Gläubiger Cluvius Hypothek unter der Bedingung gegeben, daß dieselbe, wenn die Schuld zur bestimmten Zeit nicht abgetragen werden würde, dem Gläubiger für die Schuld eigenthümlich verbleiben solle. Da der Schuldner am Zahlungstage nicht erschienen war, so war die Bedingung eingetreten, und die Hypothek an den Gläubiger verfallen. Cluvius bestand indessen nicht auf die Strenge des Vertrags, sondern wollte davon abstehen, wenn ihm noch die Schuld bezahlt würde. Daher kommt hier die Alternative, ihm entweder die Hypothek eigenthümlich einzuräumen, oder die Schuld zu bezahlen. S. MUSCHENBROECK cit. Diss. Cap. 2. pag. 652.

60) In dem Justinianeischen Codex lautet die Unterschrift zwar: *Datum 2. Calendar. Februar. Serdicae* CONSTANTINO *A. 7. et* CONSTANTIO *C. Coss. 326.* Allein richtiger im Theodosianischen Codex Lib. III. Tit. 2. Tom. I. pag. 290. der Ritterschen Ausgabe so: *Dat. pridie Calendar. Febr. Sardicae* CON-

dus [61]) mit der ihm eigenen Gelehrsamkeit commentirt hat. Quoniam inter alias captiones, so lauten die Worte, praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, *placet infirmari eam, et in posterum omnem eius memoriam aboleri.* Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit, et futura prohibet. *Creditores enim re amissa iubemus recuperare* [62]), *quod dederunt.* Vermöge dieser Verordnung sollen also die Gläubiger des sich angemaßten Eigenthums des Pfandes, jedoch nicht des Pfandrechts selbst, verlustig seyn, und sich dem Verlangen der Schuldner auf keine Weise widersetzen, wenn diese, gegen Bezahlung der Hauptschuld samt Zinsen und Kosten, das Pfand wieder einlösen wollen. Es ergiebt sich hieraus nicht nur, worin das Wesen des commissorischen Vertrags bey Verpfändungen besteht [63]); sondern

CONSTANTINO *A. VI. et* CONSTANTIO *Caes. Coss.* 320. S. *Iac.* GOTHOFREDI Chronologia Codicis Theodosiani Tom. I. pag. XVIII. und *van* MUSSCHENBROECK Dissert. cit. Cap. 3. pag. 665. sq.

61) Cod. Theod. Lib. III. Tit. 2. de commissoria rescindenda. Tom. I. pag. 290. sqq.

62) Im Theodosianischen Codex wird hier der schicklichere Ausdruck *recipere* gebraucht.

63) Zur mehreren Bestärkung können auch hier die *Basilica* Tom. IV. pag. 82. dienen, wo das Wesentliche der *L. 3. Cod. de pact. pign.* in folgenden Worten zusammengefaßt ist: Ἐὰν εἴπῃ ὁ δανειστὴς, ὅτι εἰ μὴ καταβληθείη μοι τὸ χρέος ἐντὸς τοῦδε τοῦ χρόνου, δεσπότης ἔσομαι τοῦ ἐνεχύρου, τοῦτο τὸ σύμφωνον ἀνίσχυρον ἔστω. i. e. *Si creditor pactus fuerit, ut*

dern es ist auch zugleich daraus klar zu ersehen, daß dieser Vertrag vor Constantin dem Großen noch nicht verboten gewesen, sondern vielmehr bey Verpfändungen sehr gewöhnlich gewesen sey. Zwar wollen dennoch einige[64]) das Gegentheil aus *L.* 1. *Cod. eodem* erweisen, wo der Kaiser Alexander rescribirt: Qui pactus est: *Nisi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit, solveret, cessurum se creditoribus*, hypothecae venditionem non contraxit, sed id comprehendit, quod iure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. Communi itaque iure creditor hypothecam vendere debet. Allein hier ist nicht vom commissorischen Vertrage die Rede, sondern es wird dort blos der Streit über den Sinn und die Absicht eines Vertrags entschieden, welcher den Verkauf des Pfandes betrifft[65]), wie Godefroi[66]) und

ut si ad diem pecunia soluta non sit, pignus ei adquiratur, pactum iustum et ratum non est.

64) *de* IENA de lege commissoria §. 15. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXVI. §. 7. Allein man sehe *van* MUSSCHENBROECK cit. Diss. Cap. 2. pag. 647. sqq. und LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLVIII. medit 1.

65) Noch deutlicher erhellet dieses aus den *Basilicis* Tom. IV. pag. 82. wo die *L.* 1. so übersetzt ist: Εὰν συμφωνήσῃ τις πρὸς τὸν δανειστὴν, ὅτι εἰ μὴ καταβάλῃ ἐντὸς τοῦδε τοῦ χρόνου, παραχωρεῖ τὰς ὑποθήκας, οὐ δοκεῖ πιπράσκειν αὐτῶ, ἀλλὰ τὸ κατὰ πάντων δίκαιον διδόναι αὐτῳ, τοῦτ᾽ ἔστι τὸ ἐξεῖναι πιπράσκειν αὐτῷ. i. e. *Si quis cum creditore pactus sit, ut pecunia ad diem certam non soluta pignus cedat creditori, non videtur ipsi vendere, sed adversus omnes ius ipsi concedere, hoc est, facultatem distrahendi pignoris.*

66) Comm. ad L. un. Cod. Theod. de commissoria rescind. Tom. I. pag. 293. der Ritter. Ausgabe.

und Muschenbrök[67]) ausführlich gezeigt haben[68]). Der commissorische Vertrag ist nun also bey Verpfändungen schlechterdings verboten und für ungültig erklärt. Es ist auch kein Unterschied, er mag gleich anfangs bey Eingehung des Pfandcontracts, oder erst in der Folge geschlossen worden seyn, weil die Noth eines Schuldners, der nicht Zahlung leisten kann, eben so gut, als die Verlegenheit dessen, der erst Geld aufnehmen will, Veranlassung zur Eingehung eines so nachtheiligen Vertrags werden kann, das Gesetz aber durchaus nicht will, daß die Gläubiger sich die Verlegenheit der Schuldner zu Nutze machen sollen, um sie um das Ihrige zu bringen[69]). Es entsteht aber

67) Cit. Diss. Cap. 2. pag. 658. sq.

68) Man vergleiche noch RAGUELLI Commentar. ad rescripta Alexandri Severi ad L. 1. Cod. de pact. pign. und HOTOMANN. Observation. Lib. X. cap. 10.

69) S. VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 25. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 3. Cod. de pactis pignor. nr. 8. WALCH Introduct. in controv. iuris civ. pag. 542. und Westphals Pfandrecht §. 260. Not. 292. S. 378. Andere Ansichten haben *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXI. Err. 2. BACHOV de pignorib. Lib. I. Cap. 16. nr. 4. und Thibaut im System des Pandectenrechts 2. Th. §. 649. Allein die *L. 13. Cod. de pignorib.* steht unserer Meinung nicht entgegen. Das Gesetz sagt nur, daß der Schuldner, wenn er das Pfand verkaufen will, solches dem Gläubiger an Zahlungs statt überlassen könne, welches auch durch mehrere andere Gesetze bestätiget wird. *L. 12. D. de distract. pignor. L. 20. §. ult. L. 34. D. de pign. act. L. 7. §. 6. D. de donat. int. vir. et uxor. L. 10. Cod. de distract. pignor.* S. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 284. not. 14. und Westphals Pfandrecht §. 194. Not. 215. S. 289.

aber hier die Frage, ob nicht der commissorische Vertrag bey Verpfändungen dadurch gültig werde, wenn er mittelst Eides bekräftiget worden? Die Rechtsgelehrten sind darüber sehr verschiedener Meinung. Einige [70]) glauben, daß nach dem Canonischen Rechte die Frage zu bejahen, und nur der Fall auszunehmen sey, wenn der Schuldner, um seinem eidlichen Versprechen nachzukommen, zwar alle Anstalt zur Einlösung des Pfandes getroffen hatte, dennoch aber ohne seine Schuld das Geld nicht zur rechten Zeit in die Hände des Gläubigers gekommen ist. Bloß auf diesen Fall gehe das *cap.* 7. *X. de pignorib.* worin es heißt: Significante Rotberto, cive Pisano nobis innotuit, quod, cum domum suam G. Pisano civi pro CCL. libris pignori obligasset, ac promisisset praestito iuramento, quod, nisi domum ipsam statuto termino recolligeret (i. e. redimeret), creditorem ulterius super eo minime molestaret; et intra statutum tempus per certum et fidelem nuntium, prout ei videbatur, creditori pecuniam numeratam remisit, quam idem nuntius infideliter agens, sicut ei iniunctum fuerat, non persolvit: et postmodum idem R. ab Imperatore detentus, multa pericula sustinuit, et labores, nec dicto G. satisfacere potuit, ut debuit. (Nunc per Dei gratiam libertati pristinae restitutus, para-

70) BRUNNEMANN Commentar. ad L. 3, C. de pact. pignor. nr. 11. SCHLEIERMACHER Diss. de pacto commissorio in pignore. *Giessae 1702.* §. 20. *Frid.* BEHMERI novum ius controversum Tom. II. Obs. 137. *Reinh.* BACHOVIUS de pignorib. et hypothecis Lib. I. cap. 16. und Adolph Diet. Webers systemat. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 122. Not. 3. S. 540. f.

paratus est pecuniam reddere creditori: licet ipse prorsus recusaret recipere, quia ei non fuerit statuto termino persoluta.) *Cum igitur pactum legis commissoriae sit in pignoribus improbatum*, et praedictus R. quantum in eo fuit, iuramenti debitum adimpleverit; cum per eum, quem certum nuntium esse sperabat, pecuniam remiserit termino statuto, sed, dum fuit in captione detentus, satisfacere non potuit creditori, mandamus, quatenus, si est ita, praedictum creditorem, ut sorte sua contentus existat, pensionibus praefati pignoris computatis in eam, et domum illam praefato R. omni dilatione postposita, resignet, pacto tali vel iuramento nequaquam obstante, censura ecclesiastica cogatis. Allein es ist hier nicht aus der Acht zu lassen, daß der Pabst Innocenz III. in dessen von Baluze herausgegebenen Briefen Lib. I. Epist. 33. diese Decretale noch ganz befindlich ist, zwey Entscheidungsgründe anführt, von welchen der obenan steht, daß der commissorische Vertrag gesetzlich verboten ist; der andere aber, daß der Schuldner sich auch keines Verzugs schuldig gemacht habe, nur zur mehreren bestärkung der päbstlichen Entscheidung ist beygefügt worden. Sollte nun auch der letztere Grund nicht in jedem Falle für den Schuldner sprechen, so folgt doch daraus noch nicht, daß nun auch die päbstliche Verordnung selbst nicht anwendlich sey, weil ja der erste Grund, welchen das Gesetz als den Hauptgrund anführt, noch immer vollgültig bleibt. Denn es ist bekannt, daß wenn ein Gesetz auf mehreren Gründen zugleich beruhet, und auch einer dieser Gründe wegfällt, das Gesetz dennoch durch die übrigen eben so seine Gültigkeit behält, als wenn diese Gründe anfangs nur allein vorhanden gewesen wären, wie Thibaut

baut [71]) durch mehrere Beyspiele ganz einleuchtend gezeigt hat. Mit Recht halten daher andere Rechtsgelehrten [72]) den commissorischen Vertrag bey Verpfändungen in Gemäßheit des angeführten Textes für ungültig, wenn er auch durch einen Eid bekräftiget worden wäre. Zwar wollen einige [73]) noch einen Unterschied gemacht wissen, ob unter dem commissorischen Vertrage ein unerlaubter Zinswucher verborgen sey, oder nicht. Nur in dem ersten Falle soll der Vertrag auch selbst nach dem Canonischen Rechte des Eides ungeachtet unverbindlich seyn, in dem letztern aber soll er wegen des hinzugekommenen Eides gelten. Allein da sich nicht wohl annehmen läßt, daß gerade um des unerlaubten Zinswuchers willen der commissorische Vertrag von den Gesetzen verboten worden sey, so läßt sich von diesem Unterschiede um so weniger ein Gebrauch machen, als auch das Canonische Recht dazu keine Veranlassung giebt. Daß das Verbot des commissorischen Vertrages auch noch heutzutage vollkommene Gültigkeit habe, läßt sich auf keine Weise bezweifeln, da nicht nur die ältern deut-

71) Theorie der logischen Auslegung §. 25. S. 108.

72) *Ant.* MERENDA Controversiar. iuris Lib. I. cap. 3. *Iust. Henn.* BOEHMER Iur. Eccles. Protestant. Lib. II. Tit. 24. §. 25. *Ant.* FABER de Errorib. pragmaticor. Decad. XXI. Err. 8. STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 9. MALBLANC Doctr. de iureiurando §. 118 pag. 511. Not. 176. *de* SELCHOW Elem. iuris germ. §. 458. Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 2. Th. §. 212. Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. Band Medit. 288. und Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. B. §. 221. S. 350.

73) ERXLEBEN Princip. de pignorib. et hypoth. §. 118.

deutschen Gesetze [74]), sondern auch die neuern Gesetzgebungen [75]) dasselbe bestätigt haben. Von dem commissorischen Vertrage ist jedoch die Verabredung zu unterscheiden, daß dem Gläubiger die verpfändete Sache im Falle nicht gehörig erfolgten Zahlung für einen dereinst zu bestimmenden billigen Preiß käuflich verbleiben solle. Eine solche Verabredung zu treffen, ist in den Gesetzen nirgends verboten, vielmehr wird sie als ein bedingter Kauf ausdrücklich erlaubt. **Marcian** sagt *L. 16 §. ult. D. de pignor.* Potest ita fieri pignoris datio, hypothecaeve, *ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtoris possideat rem, iusto pretio tunc aestimandam*: hoc enim

74) R. Policey-Ordn. vom J. 1577. Tit. 20. §. 5. „Und dieweil man in Erfahrung kommt, daß die Juden mit den Christen sondere Geding machen, da die eingesetzte Pfand in benannter Zeit nicht gelößt würden, daß alsdann dieselbige ihnen verfallen seyn sollten. Wenn aber dasselbig den Rechten zuwider, so ordnen wir, daß solche Geding verboten, und nichtig seyn sollen ꝛc.

75) *Code Napoléon* Art. 2078. Toute clause, qui autoriserait le creancier à s' approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle. S. Jac. von Maleville Commentar über das Gesetzbuch Napoleons, übersetzt von Blanchard 4. Band S. 166. und Brauers Erläuterungen über den Code Napoleon. 4. Band. S. 92. ff. Ausserdem noch das allgem. Preußische Landrecht 1. Th. 20. Tit. §. 33. Wirtembergisches Landrecht 2. Th. 7. Th. S. Ludw. Fried. Griesingers Commentar 1. Band S. 445. ff. Mehrere Beyspiele führt *Christ. Gottl.* RICCIUS in Problem. iuris germ. Num pactum commissorium circa pignora in Germanorum fora — rursus sit invehendum et approbandum? *Ienae 1743.* 4. §. 18.

enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio: et ita Divus SEVERUS et ANTONINUS rescripserunt. Man wendet zwar ein, daß auch diese Verabredung unläugbar als eine Gattung des commissorischen Vertrags anzusehen, und daher unter dem allgemeinen Verbote der *L.* 3. Cod. de pactis pignor. begriffen sey, welcher das Gesetz der Pandecten auf jeden Fall weichen müsse [76]). Allein dann müßte man ja die Verfasser der Pandecten der größten Unachtsamkeit und Pflichtvergessenheit beschuldigen, daß sie Fragmente aus den Schriften der Rechtsgelehrten, welche den commissorischen Vertrag begünstigen, in die Pandecten aufzunehmen, und hierdurch das Andenken eines Vertrags zu erneuern kein Bedenken getragen hätten, welches die Verordnung des Kaisers Constantin, die sie doch gewiß schon dem ersten Codex des Kaisers Justinian einverleibt hatten, gänzlich vertilgt wissen wollte. Sodann aber ist noch die Frage, ob die gegenwärtige Verabredung wirklich für eine Art des commissorischen Vertrags zu halten sey? woran sich mit Grund zweifeln läßt, wenn man erwägt, daß das Wesen des commissorischen Vertrags eigentlich darin besteht, wenn sich der Schuldner dem Gläubiger verbindlich macht, daß ihm, wofern die Schuld nicht zur bestimmten Zeit bezahlt werden würde, das Pfand, ohne weitern Kauf, für die schuldige Summe eigenthümlich verbleiben solle. Dieses ist nun aber bey der Verabredung, wovon die *L.* 16. *cit.* redet, der Fall gar nicht, indem hier der Gläubiger das Pfand vermöge eines neuen Contracts um einen durch billige

76) S. Webers angeführte Abhandlung §. 7. et 8. in Desselben Versuchen S. 365. ff.

billige Taxe zu bestimmenden Preis erhält, wobey also die Besorgniß einer Vervortheilung gar nicht entstehen kann. Die meisten Rechtsgelehrten 77) unterscheiden daher mit Recht diese Verabredung von dem commissorischen Vertrage, und halten sie auch noch jetzt für erlaubt. Eben dieses Unterschiedes wegen, soll, wie **Wissenbach** 78) behauptet, und auch schon **Bachov** 79) vermuthete, denen **Huber** 80) ebenfalls beypflichtet, **Tribonian** die Worte: *iusto pretio tunc aestimandam* beygefügt haben, weil zu Mar=

77) S. *Franc.* BALDUINUS de pignoribus cap. 17. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. un. Cod. Theod. de commissoria resc. Tom. I. pag. 293. sq. *Reinh.* BACHOVIUS de pignorib. Lib. I. cap. 16. nr. 9. *Hubert.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. ult. de pact. pignor. T. II. pag. 401. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 15. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib. XVIII. Tit. 1. *Operum* T. II. pag. 389. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 32. *Guil.* BEST Ratio emendandi leges Cap. XXI. §. 5. et 6. *van* MUSSCHENBROECK cit. Specim. de lege commissoria in pignore Cap. 2. pag. 657. *Io. Bernh. Ernst.* EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Lib. XIII. Tit. 7. Qu. 10 not. f. Westphal im Pfandrecht §. 194. *Iul. Frid.* MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 571. *Christ. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 684. THIBAUT Syst. des P. R. T. II. §. 649. und Christ. Gottl. Gmelin von Aufsätzen über Verträge, insonderheit von Schuld= und Pfandverschreibungen. §. 64. S. 131 f.

78) Emblemata Triboniani. Cap. IV. init. pag. 46. edit. *Halens.* 1736. 8.

79) Tr. de pignorib. Lib. I. cap. 16. nr. 9. pag. 81.

80) Eunomia Rom. Lib. XX. ad L. 19. §. ult. D. de pign. et hypoth.

Marcians Zeiten der commissorische Vertrag auch bey Verpfändungen noch unbedingt gültig war. Dieses wäre denn ein neues Argument, die mehr gedachte Verabredung von dem Verbote des commissorischen Vertrages auszunehmen. Es hält indessen Johann Wybo [81]) ein solches Emblema anzunehmen nicht einmal für nöthig, weil der Unterschied schon an sich einleuchtet, überdem auch die Entscheidung durch ein Rescript der Kaiser Sever und Antonin bestärkt wird. Ob aber der Vertrag auch dann gültig sey, wenn ausbedungen worden, daß das Pfand dem Gläubiger für einen schon jetzt, zur Zeit des Vertrags, bestimmten Preis auf den Fall verkauft seyn solle, da der Schuldner nicht zur gesetzten Zeit Zahlung leisten würde, ist streitiger. Einige [82]) erklären denselben, dem commissorischen Vertrage gleich, für schlechterdings ungültig. Allein ist der in dem Vertrage bestimmte Preis so billig, daß der Schuldner nichts dabey verliert; so läßt sich gegen die Gültigkeit desselben mit Grund nichts einwenden [83]). Der Grund des Gesetzes ist auch hier noch treffender, als in jenem Falle, da der Preis erst bestimmt werden soll, wenn die Bedingung eintritt. Denn hier ist wirklich ein bedingter Kauf geschlossen worden. Dort konnte nur

 gesagt

81) De Triboniano ab Emblematibus Wissenbachii liberato. Cap. IV. §. 1. pag. 289. *edit. Halens.*

82) HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 15. WERNHER Observat. for. Tom. III. P. IV. Obs. 62.

83) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLVIII. Cor. 1. Westphals Pfandrecht §. 194. Not. 216. a. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 63. S. 130. Thibaut System des P. R. 2. B. §. 649. a. E.

gesagt werden: *videtur* QUODAMMODO *conditionalis esse venditio*, weil es noch an der Bestimmung des Preises fehlte, welche zu einem eigentlichen Kaufcontract erforderlich ist. Wilhelm Best [84]) hat daher diese Stelle sehr gut erläutert, wenn er sagt: Sed quid sibi vult istud *quodammodo*? Soliusne modestiae est particula, non vero necessitatis? Imo necessitatis. Indicat enim illa vox; hoc pactum proprie non esse *conditionalem venditionem*. Eiusque rei ratio non est valde abscura. Conventio illa appellatur *venditio quodammodo conditionalis*, quia per omnia venditioni sub conditione factae non est similis; cum, quia pretii certi non est promissio, quod tamen requiritur, ut emtio omnibus suis numeris constet [85]); tum quia hic alius contractus, pigneratitius nempe, praecedit, et intentio utriusque non tam in eo est, ut venditio contrahatur, quam ut debitum solvatur, et restituatur pignus [86]). Movit itaque ICtum, et Imperatores, ut hoc pactum confirmarent, novus emtionis contractus, qui huic pacto inhaeret, et ex postfacto, si perficiatur, omnem metum fraudis excludit. Noch ist zu bemerken, daß auch in der Praxis für die Gültigkeit des Vertrags, vermöge welchen der Gläubiger, bey ausbleibender Bezahlung der Schuld, das Pfand für einen jetzt oder dereinst zu bestimmenden Preiß käuflich behalten solle, häufig gesprochen worden ist [87]).

Aus

84) Ratio emendandi Leges Cap. XXI. §. 6.

85) *§. 1. I. de contrab. emt. L. 7. §. 1. D. eodem.*

86) Arg. *L. 80. fin. D. de contrab. emt. L. 12. D. ad SCtum Macedon. L. 58. §. 2. D. pro socio.*

87) S. *Io. Ulr. de* CRAMER Observ. iuris univ. Tom. I. Obs. 434. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11. und Ernst

Ferd.

Aus gleichen Gründen ist von dem Verbote des commissorischen Vertrags diejenige Verabredung auszunehmen, vermöge welcher ausgemacht wird, daß das Pfand dem für den säumigen Schuldner zahlenden Bürgen um einen billigen Preiß käuflich verbleiben solle. Von diesem Vertrage, als einem erlaubten bedingten Kaufe, handelt *L. ult. D. de contrah. emt. vendit.* wo Scävola sagt: Titius, cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia et fideiussorem Lucium, cui promisit, *intra triennium proximum se eum liberaturum, quod si id non fecerit die suprascripta, et solverit debitum fideiussor creditori, iussit praedia* 88) *emta esse, quae creditoribus* 89) *obligaverat*: Quaero, cum non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, emta haberet suprascripta praedia? Respondit 90), *si non ut in causam obligationis, sed ut emta habeat, sub conditione emtio facta est* 91) *et contractam esse obligationem.* Der Fall, den hier Scävola entscheidet, war eigentlich folgender. Ein Schuldner hatte seinem Gläubiger nicht nur

Ferd. Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten 18. Band S. 266. ff.

88) *Guil.* BEST Ratio emendandi Leges Cap. 21. §. 10. glaubt, daß hier das Wort ei noch einzuschalten sey, scil. Lucio fideiussori.

89) Haloander lieset hier *creditori*, allein *Guil.* BEST c. l. besser *creditori suo.*

90) Statt *Respondit*, lesen Haloander und Baudoza besser *Respondi*, womit auch der Erlanger Codex übereinstimmt.

91) Statt *facta est*, *et* will *Guil.* BEST c. l. pag. 310. lieber *facta esset* lesen. Eben so Brenkmann in dem Gebauerischen Corpus iuris ad h. L.

nur Grundstücke zum Pfande, sondern auch zugleich einen Bürgen zur Sicherheit gegeben. Dem Bürgen hatte er jedoch versprochen, daß er binnen einer bestimmten Zeit von der Bürgschaft wieder frey gemacht werden sollte; auf den Fall aber, da er sein Versprechen nicht erfüllen, und der Bürge für den Schuldner bezahlt haben würde, war verabredet worden, daß die dem Gläubiger verpfändeten Grundstücke dem Bürgen käuflich zufallen sollten. Nun hielt der Schuldner sein Wort nicht, der Bürge aber hatte für denselben bezahlt. Es fragte sich also, ob der Bürge den auf diesen Fall bedungenen Kauf geltend machen könne? Scävola entscheidet, der Vertrag sey gültig, wenn die Meinung der Interessenten sey, daß der Bürge auf den bedungenen Fall die verpfändeten Grundstücke für einen billigen Preiß käuflich erhalten solle; ungültig hingegen, wenn die Absicht der Interessenten dahin gehe, daß der Bürge die Hypothek bloß für dasjenige, was er dem Gläubiger für den Schuldner bezahlt hat, zum Eigenthum bekommen solle. Ganz richtig. Denn in dem letztern Falle ist der commissorische Vertrag unverkennbar. Daß hier nicht dem Gläubiger selbst, sondern einem Dritten das Pfand zufällt, macht keinen Unterschied. Wie leicht könnte sonst das gesetzliche Verbot durch Einverständniß mit dem Bürgen vereitelt werden? Ueberdem wird ja auch der Bürge, welcher für den Schuldner bezahlt hat, desselben Gläubiger. Daß er aber doch ein neüer Gläubiger sey, wie Anton Faber[92]) hier einwenden will, entscheidet hier eben so wenig, als das Vorurtheil, daß der Bürge mehr, als der Gläubiger, zu begünstigen sey. Allein in dem ersten Falle gilt der Vertrag

92) Rational. in Pand. ad L. ult. pr. D. de contrah. E. V.

trag als ein bedingter Kauf, und hier ist es denn ganz gleichgültig, ob er mit dem Gläubiger selbst oder mit dem Bürgen geschlossen wird, weil der Schuldner dabey keinen Schaden leidet, indem aus dem Werthe der Sache die Schuld berichtiget, und der Ueberschuß an den Schuldner herausgezahlt wird. So erklären diese Stelle Franz Balduin[93]), Jacob Gothofredus[94]), Hubert Giphanius[95]), Johann Voet[96]), Wilhelm Best[97]), und Johann Wilhelm van Muschenbrök[98]). Ist diese Erklärung richtig, worüber wohl kein gegründeter Zweifel entstehen kann, so hat Scävola hier den Unterschied des Vertrags, über dessen Gültigkeit er entschied, von dem commissorischen deutlich genug dargelegt, und es ist daher offenbar unrichtig, wenn man jene Verabredung unter das Verbot des letztern Vertrages ziehen, und behaupten will, daß das Gesetz der Pandecten durch die *L. ult. Cod. de pactis pignorum* sey aufgehoben worden[99]).

§. 870.

93) De pignorib. et hypoth. cap. 17. in fin.

94) Commentar. ad L. un. Cod. Theodos. de commissor. rescind. Tom. I. pag. 294.

95) Explanat. difficilior. et celebrior. Legum Codicis Libr. VIII. ad L. 3. de pactis pignorum pag. 399.

96) Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 25. in fin.

97) Ratio emendandi LL. cap. XXI. §. 7 — 12. pag. 306. sqq.

98) Cit. Specim. de lege commiss. in pignore Cap. II. in *Ger.* OELRICHS *Thes. nov. Dissertt. Belgic.* Vol. I. T. II. p. 656. sq.

99) Hierin stimmen auch Westphal im Pfandrecht §. 260. Not. 292. nr. 3. S. 379. f. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 10. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. f. und Thibaut im System des Pandectenrechts 2. Th. §. 649. a. E. ein-

§. 870.

Vom antichretischen Vertrage.

Zu den Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers gehört ferner III. daß, wenn das Pfand eine fruchttragende Sache ist, derselbe wegen der sowohl gezogenen als vernachläßigten Früchte Rechnung ablege[100]). Diese Verbindlichkeit fällt jedoch weg, wenn dem Pfandcontract der antichretische Vertrag ist angehängt worden. Es wird darunter derjenige Vertrag verstanden, wodurch dem Gläubiger die Benutzung der verpfändeten Sache dergestalt ist eingeräumt worden, daß er die Früchte, statt der ihm gebührenden Zinsen, jährlich genießen soll[1]). Die Benennung

100) *L. 1. L. 3. Cod. h. t.*

1) Es sind hier folgende Schriften zu bemerken. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Disquisit. de iure αντιχρησεως. *Tübingae 1654.* *Henr.* COCCEJI Disput. de antichresi. *Heidelbergae 1678.* (in EIUS *Exercitat.* Vol. I. nr. 29.) *Io. Phil.* STREIT Diss. de antichresi. *Erford. 1706.* *Io. Guil.* MAN Diss. de pacto antichretico. *Ultrajecti 1709.* *Hug. Franc.* HUNOLD Diss. de pacto pignoris antichretico. *Erfordiae 1721.* *Conr. Wilh.* STRECKER Diss. de pacto antichretico. *Erf. 1726.* *Henr.* BROKES Diss. de antichresi, quatenus est usurariae pravitatis involucrum, cautelis eliminanda. *Vitembergae 1734.* *Ern. Io. Frid.* MANTZEL Positiones inaug. de limitibus contractus antichretici. *Rostochii 1738.* *Aug. a* LEYSER de pignore antichretico, in EIUS *Meditat. ad Pand.* Specim. CLVII. *Hier. Frid.* SCHORCH Pr. de usu pignoris a debitore loco usurarum concesso. *Erf. 1748.* Christ. Fried. Tönne von Lüttichau Jurist. mathemat. Untersuchung der Lehre vom nutzbaren Unterpfand; (in Desselben vermischten jurist. mathematischen Abhandlungen. Altona 1769. 8.) Nr. I. *God. Dan.* HOFFMANN ICtus mathematicus et in specie analysta circa antichresin. *Tüb. 1767.*

nung selbst stammt aus dem Griechischen her. Man ist indessen noch nicht einig, ob man sie von dem Worte χρῆσαι, welches soviel, als *utendum dare*, heißt, oder von χρῆσθαι, *utendum accipere*, seu *uti*, ableiten soll [2]). Soviel ist gewiß, daß das Wort: *antichresis* der Etymologie nach soviel als mutuus usus, Gegennutzung, heißt; und wird theils für den Vertrag genommen, wodurch ein gegenseitiger Gebrauch verschiedener Sachen unter den Partheyen bedungen worden ist, theils für das durch einen solchen Vertrag erworbene Gebrauchsrecht, theils für den Gegenstand desselben oder die Sache selbst, welche mittelst eines solchen Vertrags dem Andern eingeräumt worden ist. Dieser Vertrag ist zwar bey dem Pfandcontract am gewöhnlichsten, aber doch demselben nicht so eigen, daß er nicht auch bey andern Geschäften geschlossen werden könnte. Denn die Natur der Antichryse besteht nicht darin, daß der Gläubiger Sicherheit erhalte, sondern daß er die Früchte einer Sache statt der Zinsen genießen solle. Sie kann daher auch ohne die Verpfändung der Sache gedacht werden, und bey allen und jeden Contracten, sowohl benannten als unbenannten, Statt haben, in welchen sich die Contrahenten den gegenseitigen Gebrauch verschiedener Sa-

1767. *Sam. Reinh.* WEBER Tract. iurid. mathemat. de pacto antichretico. *Goettingae 1772.* *Garlieb* HANKER Diss. de vera indole et natura Antichreseos. *Giessae 1783.* und Georg Happel die Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder, und antichretischen Versatze besonders bey ausgebrochenem Concurse. Gießen u. Darmstadt 1802. 8.

2) S. *Claud.* SALMASIUS Tr. de modo usurarum cap. 14. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 7. *Ger.* NOODT Observation. Lib. II. cap. 9.

Sachen ausbedingen [3]). Die Beyspiele, welche wir in den Gesetzen [4]) von einer solchen Antichresis finden, wobey keine Verpfändung geschehen ist, setzen dieses ausser Zweifel. Viele [5]) behaupten zwar dennoch mit Cujaz [6]) das Gegentheil, welcher lehrt: *αντίχρησις est species pignoris ita dati, ut donec pecunia solvatur, pignore creditor utatur fruatur in vicem usurarum.* Allein wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß die Gesetze gewöhnlich beym Pfandcontract der Antichrese gedenken [7]), und daher den Genuß der Früchte des Pfandes statt der Zinsen mit diesem Namen im eigentlichen Sinn bezeichnen [8]); so läßt sich doch deswegen eben so wenig behaupten, die antichresis sey eine Art des Pfandes oder Pfandcontracts, als man sagen kann, der commissorische Vertrag sey eine Art des

3) S. *Henr.* COCCEJI Diss. cit. de antichresi. §. 3—6. und *Io. Iac.* KEES Commentat. ad L. 8. D. in quib. caussis pignus vel hyp. tacite contrahitur. *Lipsiae 1811.* pag. 12. sqq.

4) *L. 6. Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest. L. 14. Cod. de usuris.*

5) *Ianus a* COSTA in Comm. ad §. 7. I. de action. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 169. Westphal Pfandrecht §. 66. Not. 89. S. 125. HANKER in Diss. de vera indole et natura antichreseos §. 4. u. a. m.

6) Observation. Lib. III. cap. 35.

7) Daher handelte der Röm. Jurist Marcian in seinem libro singulari ad formulam hypothecariam auch von der Antichresis, wie aus *L. 33. D. de pigneratit. actione* erhellet.

8) In den Scholien der Basiliken heißt es Tom. IV. p. 30. Αντίχρησίς ἐστιν, ὅτε τῦ ὑποθεμένου ἀγροῦ τὺς καρποὺς ἀντὶ τόκων διαλαμβάνω. i. e. ANTICHRESIS *est, cum quis fundi pignerati fructus in vicem usurarum percipit.*

des Kaufcontracts. Die Stellen des Römischen Rechts, welche von der antichresis handeln, werden uns die Natur derselben näher kennen lehren. Es gehören hierher folgende.

1) *L.* 33. *D. h. t.* Si pecuniam debitor solverit, potest pigneratitia actione uti *ad reciperandam* ἀντίχρησιν, nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti.

Es ist hier von einem solchen Falle die Rede, wo der antichretische Vertrag dem Pfandcontract war beygefügt worden, und der Schuldner, nach getilgter Schuld, das antichretische Pfand zurückverlangte. Das Wort *antichresis* wird also hier für eine solche Sache genommen, welche dem Gläubiger sub pacto antichretico verpfändet worden ist. Verweigerte hier der Gläubiger die Zurückgabe derselben, so war ohne Zweifel die actio pigneratitia gegründet. Die Worte: *hoc verbo poterit uti*, heißen also hier soviel, als *hac formula*, oder *hac actione* poterit uti [9]. Der Grund der Entscheidung wird darin gesetzt, weil hier ein Pfandcontract geschlossen worden sey. Dies ist unstreitig der Sinn der Worte: *cum pignus sit*, welche Salmasius [10]) ohne allen Grund für ein Glossem hält.

2) *L.* 11.

9) Die Bedeutung des Worts: *Verbum* für *formula* seu *actio* kommt auch an andern Orten vor. *L.* 4. §. 2. *D. de vulgari et pupill. substitut.* *L.* 35. *Cod. de inoff. testam.* *L.* 2. *Cod. de bonis vacantib.* S. *Barn.* BRISSONIUS de Verborum Signifficat. voc. *Verbum.* und Westphals Pfandrecht §. 66 Not. 89. S. 125.

10) loc. cit. Auch die Basiliken Tom. IV. pag. 12. haben ἡ ἀντιχρησις ἐνέχυρόν ἐστι.

2) *L.* 11. §. 1. *D. de pignorib. et hypoth.* Si ἀντίχρησις [11]) facta sit, et in fundum, aut in aedes aliquis inducatur, eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur; *cum in usuras fructus percipiat*, aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet *in factum actione* uti.

Das Wort *antichresis* wird hier, wie **Noodt** [12]) gegen Salmasius ganz richtig bemerkt, für den antichretischen Vertrag genommen. Dieser war hier ohne Verpfändung der Sache eingegangen worden. Nach dem Vertrage sollte nun zwar der Gläubiger den Besitz des Grundstücks solange statt eines Pfandes inne behalten, bis das Kapital wieder bezahlt seyn würde, und die Früchte statt der Zinsen genießen, dennoch aber hatte derselbe den Besitz der Sache schon früher verlohren. Es fragte sich also, welche Klage dem Gläubiger zustehe, um deshalb Entschädigung zu erhalten? **Marcian** entscheidet für die actio in factum. Diejenigen Rechtsgelehrten, wel-

11) Die Vulgata lieset hier: *id est, mutuus pignoris usus pro credito.* Allein diese Worte fehlen in der Florentinischen Handschrift der Pandecten, und auch in den Basiliken Tom. IV. pag. 34. stehen sie nicht. In unserm Erlanger Codex lieset man sie auch nicht. Nicht ohne Grund hält sie daher LAUTERBACH in Diss. de iure antichreseos Th. 2. für ein Glossem. Lächerlich ist es übrigens, wenn die Glossatoren aus Unwissenheit der griechischen Sprache statt ἀντίχρησις, *antiphona* gelesen haben wollen, welches, wie schon *Andr.* ALCIATUS Dispunction. Lib. II. cap. 3. bemerkt, hier gar keinen Sinn hat.

12) Observation. Lib. II. c. 9.

welche sich einbilden, eine Antichrysis sey ohne ein Pfandrecht gar nicht denkbar, gerathen bey dieser Entscheidung in nicht geringe Verlegenheit. Cujaz [13]) meint zwar der Schwierigkeit dadurch am leichtesten abzuhelfen, daß er mit Azo sagt, die actio in factum, deren hier Erwähnung geschieht, schließe die hypothekarische Klage nicht aus. Ihm stimmt auch Westphal [14]) bey, welcher sogar glaubt, die hier angegebene actio in factum sey in effectu keine andere, als die hypothekarische Klage. Allein dagegen erinnerte schon Reinhard Bachov [15]) nicht ohne Grund, daß bey Verpfändungen der actio in factum sonst nirgends gedacht werde, und daß es dem Römischen Juristen ein Leichtes gewesen wäre, die hypothekarische Klage zu nennen, wenn er geglaubt hätte, daß sie in diesem Falle Statt finde. Vielleicht, meint er, liege der Grund, warum der Römische Jurist hier nur eine persönliche Klage gestattet, darin, weil der Gläubiger durch die Antichresis, tanquam ex personali obligatione, nur das Recht erwirbt, die Früchte der Sache zu genießen. Er getrauet sich indessen nicht, hierin Etwas mit Gewißheit zu behaupten. Mit mehrerer Kühnheit sucht Gerhard Noodt [16]) den Knoten aufzulösen. Er nimmt zur Emendation des Textes seine Zuflucht, und lieset statt in factum actione, *hac actione*, worunter er dann die hypothekarische Klage versteht, von welcher der Titel der Pandecten handelt, unter den Marcians

13) Lib. III. Observation. cap. 35. in fin.

14) Pfandrecht §. 66. Not. 89. S. 125.

15) Tr. de pignoribus et hypothec. Lib. III. cap. 19. nr. 2. pag. 234.

16) Observation. Lib. II. cap. 9.

cians Fragment gestellt ist. Allein mit Recht haben diese eben so gewaltsame, als unnöthige Emendation Joh. Jensius[17]), Fried. Esaias von Pufendorf[18]), Pothier[19]) und Westphal[20]) verworfen. Nicht nur die Basiliken[21]) streiten für die Richtigkeit des Textes, in welchen die letztern Worte unsers Fragments so übersetzt sind: Καὶ ἐκπίπτων τῆς νομῆς περὶ τȣ͂ πράγματος ἀγωγὴν κινεῖ; sondern auch die Natur des antichretischen Vertrags, welcher an sich kein Pfandrecht giebt, macht die Beybehaltung der Leseart nothwendig, deren Aenderung überdem die genaue Uebereinstimmung aller Handschriften und Ausgaben der Pandecten verbietet. Auch der Scholiast der Basiliken[22]) gedenkt der *actio in factum* namentlich, und giebt zugleich den Grund an, warum die hypothekarische Klage nicht Statt haben könne. Er sagt nämlich: Οὐ τὴν Σερβιανίν, ἀλλὰ τὴν ἰν Φάκτουμ. οὐ γὰρ ἐνέχυρόν ἐστι κυρίως, ἀλλὰ πίγνορις λόκο τὴν ἀντίχρησιν ἔχει. i. e. *Non Serviana, sed in factum: non enim proprie pignus est, sed pignoris loco antichresin habet.* Daß in dem Text von keinem antichretischen Unterpfande die Rede sey, geben übrigens die Worte: eousque *retinet possessionem pignoris loco*, donec illi pecunia solvatur, so deutlich zu ver-

17) Strictur. ad Rom. iuris Pandectas L. 11. §. 1. D. de pignorib. pag. 140.

18) Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 169.

19) Pandectae Iustinian. Tom. I. Lib. XX. Tit. 1. Nr. XXV. not. d. pag. 561.

20) Pfandrecht §. 66. Not. 89. S. 125.

21) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 2. Const. 11. §. 1. pag. 34.

22) Tom. IV. pag. 49. Schol. f.

verstehen, daß man sich billig wundern muß, wie der große Noodt auf eine solche ganz unpassende Emendation habe verfallen können. Weit scharfsinniger urtheilt Ulrich Huber [23]), dessen Worte hier einen Platz verdienen. Mihi sic videtur, sagt er, *pignus* et *antichresin* esse duas res distinctas, et ex earum conjunctione nasci *pignus antichresticum*. Ex hoc *hypothecariam actionem* dari, non est ratio dubitandi. Sed in hoc §. 1. *antichresin solam* creditor accepisse proponitur, hoc est, *conventio, qua convenit, ut creditor usurarum loco certi praedii fructus percipiat*, est celebrata, nihil amplius. *De iure pignoris* nihil est dictum, et tamen sine speciali de pignore conventione non constituitur expressum pignus: etsi, quando creditori praedium conceditur ad fructus in vicem usurae inde percipiendos, ea res *loco pignoris* sit. Verum sine conventione de pignore non potest, inquam, *actio hypothecaria* nasci; ideoque *personalis in factum* duntaxat, non contra tertium, sed adversus debitorem, qui illam conventionem debito principali adjecit, datur. De *pignoris iure constituto* nihil hic est proditum. Nam quod attinet ad verba, *mutuus pignoris usus*, illa non sunt MARCIANI, sed Interpretis, graecam vocem ἀντιχρήσιος interpretantis: quae tamen nihil, quam *mutuum usum* denotat. Mit Huber stimmt auch Peter von Greve [24]) überein, wenn er sagt: *Antichresis* differt a pignore, nam si, cui antichresis concessa

23) Eunomia Romana Libr. XX. ad L. 11. §. 1. D. de pignorib. §. 2. pag. 726. sq.

24) Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora Exerc. XV. Th. 11. pag. 373.

cessa est, amiserit possessionem, non habet actionem hypothecariam, sed utitur *actione in factum.* Wäre in dem Falle, wovon **Marcian** spricht, wirklich eine Verpfändung geschehen, und, ohne dieselbe, wie man gewöhnlich lehrt, ein antichretischer Vertrag nicht denkbar, so wäre unbegreiflich, warum dem Gläubiger, im Falle des verlohrnen Besitzes, nicht eben so gut die actio pigneratitia contraria gegen den Schuldner zustehen sollte, als sich dieser, nach getilgter Schuld, der actio pigneratitia directa gegen den Gläubiger bedienen kann. Eben dieses erinnert auch **Emund Merillius**[25]) gegen die gemeine Lehre der Rechtsgelehrten ganz richtig, nur kann ich ihm darin nicht beypflichten, wenn er unter der actio in factum, eine *actio praetoria* verstehen will, *quae datur deficientibus aliis actionibus.* Warum sollte hier nicht die *actio in factum praescriptis verbis* Statt finden? Der Schuldner hatte ja dem Gläubiger dafür, daß er ihm den Gebrauch eines Kapitals gestattete, den Besitz eines Grundstücks eingeräumt, um die Früchte, statt der Zinsen, zu genießen. Es war also kein bloßes Darlehn, sondern ein unbenannter Contract geschlossen worden, welchen **Marcian** ἀντίχρησις nennt. Daß hier von einer in einem solchen Falle gewöhnlichen Klage, und also von der actio praescriptis verbis, die Rede sey, beweisen auch die Worte: *solet* in factum actione uti Hierdurch widerlegt sich zugleich die Meinung des Heinrich Cocceji[26]), welcher **Marcians** Fragment von einem solchen Falle verstehen will, wo der antichretische Vertrag ex intervallo dem

25) Observation. Lib. VIII. cap. 23. in fin.

26) Diss. de antichresi. Th. 8.

dem Pfandcontract war beygefügt worden, und darin den Grund setzt, warum hier die actio pigneratitia contraria nicht Statt gefunden habe. Die *L.* 39. *D. h. t.* worauf er sich beruft, gehört gar nicht hierher. Denn es ist dort von keinem antichretischen Vertrage die Rede. Dem Gläubiger war der Genuß des verpfändeten Grundstücks, nicht der Zinsen wegen, sondern um sich wegen des Kapitals dadurch bezahlt zu machen, eingeräumt worden. Von einer Klage war auch hier die Frage nicht [27]).

3) *L.* 6. *Cod. Quod cum eo, qui in aliena potestate.* Si servus tuus sine permissu tuo, accepta pecunia mutua, *in usurarum vicem* habitandi facultatem creditori concessit: nullo iure adversarius tuus hospitium ex hac causa sibi vindicat: cum te servi factum non obligaverit, et ingrediens rem tuam, contra vim eius, auctoritate competentis iudicis protegeris.

Auch in diesem Falle war der antichretische Vertrag ohne Verpfändung der Sache geschlossen worden, und es wäre gegen die Gültigkeit desselben nichts einzuwenden gewesen, wenn ihn nur der Sklave nicht ohne Erlaubniß seines Herrn geschlossen hätte, wie aus der folgenden Gesetzstelle erhellet.

4) *L.* 14. *Cod. de usuris.* Si ex pactione uxor tua mutuam pecuniam dedit, *ut vice usurarum domum inhabitaret*, pactoque ita, ut convenit, usa est, non etiam locando domum pensionem redegit: referri quaestionem, quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam usura-

27) Man sehe über die *L.* 39. *h. t.* Westphals Pfandrecht §. 15. Not. 29. S. 42. f.

usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim uberiore sorte potuerit contrahi locatio: non ideo tamen illicitum foenus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur.

Ohne Zweifel ist zwar hier von einem antichretischen Vertrage, aber von keiner Verpfändung die Rede. Von einer antichretischen Verpfändung hingegen spricht folgende Gesetzstelle.

5) *L. 17. Cod. eodem.* Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, *ut fructus in vicem usurarum consequeretur*, obtentu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non possunt.

Aus den angeführten Gesetzstellen ergeben sich nun folgende Wahrheiten.

I. Der antichretische Vertrag kann nicht nur dem Pfandcontract, als Nebenvertrag, beygefügt, sondern auch, ohne Verpfändung der Sache, nach Art eines unbenannten Contracts eingegangen werden. In dem letztern Falle ist es ein *contractus do ut facias*, nicht do ut des, wie Heinrich Cocceji [28]) ganz richtig bemerkt, dem auch Gottfr. Dan. Hoffmann [29]) beystimmt. Denn das Wort *dare* drückt in der Sprache des röm. Rechts eine Uebertragung des Eigenthums aus [30]). Allein hier ist von einer bloßen Einräumung des Besitzes und Gebrauchs

28) Diss. cit. de antichresi Th. 3.

29) Diss. sub tit. Iureconsultus mathematicus et in specie analysta circa antichresin et interusurium. *Tubingae 1767.* Sect. I. §. 11.

30) *§. 14. I. de actionib.*

brauchs einer Sache die Rede. Solche Geschäfte qualificiren sich zu keiner datio, sondern bloß zur traditio, und diese wird zum factum gerechnet [31]). Die hieraus entspringende Klage ist, wie uns Marcian [32]) oben lehrte, die *actio in factum praescriptis verbis*, welche, als eine actio bonae fidei, auf alles geht, was die Billigkeit erfordert, und also auch auf leistung des Interesse, wenn etwa die antichretisch eingeräumte Sache evincirt wird. Ist die Schuld bezahlt, so findet nicht, wie Hoffmann [33]) behauptet, die condictio sine causa statt, weil hier dem Schuldner sein Eigenthumsrecht unverändert bleibt [34]); sondern die *rei vindicatio*, oder die *actio in rem publiciana*. Ist hingegen der antichretische Vertrag dem Pfandcontract beygefügt worden, so ist die aus dem Pfandcontract entspringende *actio pigneratitia* begründet, wie uns ebenfalls Marcian lehrte [35]).

II. Der antichretische Vertrag setzt immer eine ausdrückliche Verabredung voraus. Viele [36]) behaupten zwar

 mit

31) *L. 28. D. de verbor. obligat.* S. *Io. van* NECK Diss. ad L. ult. D. de condict. caus. data. Cap. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. II. T. II. p. 393. sqq.)

32) *L. 11. §. 1. D. de pign. et hyp.*

33) Cit. loco.

34) Man sehe den Tit. de condictione sine causa. §. 836. im 13. Th. dieses Commentars S. 183. ff.

35) *L. 33. D. h. t.*

36) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 23. *Ger.* NOODT Tr. de foenore et usuris Lib. II. cap. 9. *Io. Frid.* EISENHART Dissrationem computationis fructuum ex pacto antichretico percepror. sist. (in *Opusc.* Nr. XV.) Sect. I. §. 2. *Ios. Mar.* SCHNEIDT

mit Cujaz [37]), daß dieser Vertrag auch durch eine stillschweigende Uebereinkunft geschlossen werden könne; welche nämlich in dem Falle anzunehmen sey, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine fruchttragende Sache zum Unterpfande eingeräumt hat, ohne wegen der Früchte eine besondere Verabredung zu treffen. Man beruft sich deshalb auf die bereits oben vorgekommene *L. 8. D. in quib. caus. pignus* wo Paulus sagt: Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum legitimum usuras retinere. Allein daß hier von keiner antichresis tacita die Rede sey, ergiebt sich, wie schon längst Bachov [38]), Vinnius [39]) und Samuel von Cocceji [40]) gezeigt haben, daraus ganz offenbar, daß nach dem angeführten Gesetz der Gläubiger nur so viel von den Früchten, als das Maas der gesetzlichen Zinsen beträgt, zurückbehalten kann, die übrigen aber auf das Kapital abrechnen muß; dahingegen das Wesen der Antichresis darin besteht, daß der Gläubiger sich blos wegen der Zinsen durch die Früchte entschädigen soll, ohne daß das Kapital dadurch getilgt wird [41]). Dort muß daher

SCHNEIDT Specim. arithmeticae sublimior. et politicae ad materiam de usuris, antichresi, interusurio et reditibus annuis applicatae. *Wirceburgi 1784.* Cap. 3. §. 64. *Conr. Wilb.* STRECKER Diss. de pacto antichretico. §. 14. sqq. u. a. m.

37) Observation. Lib. VIII. cap. 17.

38) Tr. de pignor. et hypoth. Lib. I. cap. 14. nr. 3. et 4.

39) Select. iuris Quaest. Lib. II. cap. 7.

40) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

41) S. Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder. 4. Abschn. S. 230. ff. und HANKER Diss. de vera indole et natura antichreseos. §. 8.

her der Gläubiger wegen der Früchte Rechnung ablegen, und auch die vernachläßigten Früchte werden ihm angerechnet [42]); diese Berechnung fällt hingegen bey dem antichretischen Vertrage weg [43]), weil hier der Gläubiger wegen des ungewissen Ertrags der Früchte nicht an die Größe der gesetzmäßigen Zinsen gebunden ist, wie in der oben angeführten Stelle, *L.* 17. *C. de Usuris*, der Kr. Philipp rescribirte; und da er die Jahresfrüchte statt der Zinsen, ohne Berechnung derselben behält, so kann auch keine Frage davon seyn, wie viel an Früchten hätte geerndet werden können, weil hier dem Gläubiger, der blos um seines eigenen Vortheils willen die Früchte zieht, keine Culpa zur Last gelegt werden kann, deren Wirkung bekanntlich nur die fructus percipiendi sind [44]).

III. Da das Wesen des antichretischen Vertrags darin besteht, daß der Gläubiger die sämmtlichen Früchte der Sache ohne alle Berechnung behalten, und sie auf die Zinsen seines Kapitals rechnen soll; so darf damit die Verabredung nicht verwechselt werden, vermöge welcher nämlich der Gläubiger nur befugt seyn solle, von den Früchten der verpfändeten Sache soviel zu behalten, als die gesetzmäßigen Zinsen betragen, den Ueberschuß aber entweder auf das Kapital abrechnen, oder dem Schuldner jährlich herausgeben solle. Ein Beyspiel von einer solchen Verabredung führt Papinian an, wenn er *L.* 1.

§. 3.

42) *L.* 1. 2. *et* 3. *Cod. h. t.* *L.* 2. *Cod. de partu pignoris et omni causa.* *L.* 1. *Cod. de distract. pignor.*

43) S. *Io. Wilh.* ENGELBRECHT Diss. de creditore antichretico ad fructus percipiendos non obligato. *Helmst.* 1724. §. 7. sqq.

44) §. 2. *I. de officio iudicis.*

§. 3. *D. de pignor. et hyp.* sagt. Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis, *fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimae usurae* 45), quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit: cum, ad diem minore foenore non soluto, *legitimae maiores usurae* stipulanti recte permitti potuerunt. Daß hier keine wahre Antichresis vorhanden sey, hat mit Cujaz auch Westphal 46) ganz richtig bemerkt, und daß auch bey dieser Verabredung der Gläubiger Rechnung ablegen müsse, versteht sich 47). Ein gleiches gilt in dem Falle, wovon die Novelle 120. Kap. 4. handelt, wo es heißt: Si contingat, ut quaedam ex dictis venerabilibus domibus ad fiscalia tributa, vel aliam quamcunque necessitatem venerabili domui incidentem, pecunia indigeat: liceat administratoribus earum rem immobilem obligare, et speciali pignori dare, ut creditor eam rem possideat, *et fru-*

45) In den Basiliken T. IV. pag. 32. heißt es μέχρι τȣ͂ νομίμου τόκου. Es war also in dem Falle des Gesetzes das Maximum der gesetzmäßigen Zinsen, folglich *usura centesima*, ausbedungen, wenn der Schuldner nicht zur bestimmten Zeit die stipulirten geringern Zinsen bezahlen würde. Diese centesima pars sortis in singulos menses wird auch vorzüglich *usura legitima* genennt. *L. 9. §. 1. D. de usuris L. 8. C. Si certum petat.* S. POTHIER Pandectae Iustinian. T. I. Tit. de Usuris Nr. XXI. not. a. et Nr. XXIX. pag 623. NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 3. *van* BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VI. cap. 19. Der griechische Scholiast der Basiliken T. IV. pag. 48. erklärt die Worte *legitimae usurae* durch τȣ͂ ἡμιεκατοστιαίου, i. e. semissalis.

46) Pfandrecht §. 64. Not. 87.

47) S. HANKER cit. Diss. §. 5.

fructus eius colligat, sibique partim in ipsam pecuniam creditam, partim in usuras, quarta parte centesimae non maiores, imputet. Si debitum solvant, qui venerabili domui praefuerunt, vel ex fructibus creditori satisfiat: res ad venerabilem domum, a qua data est, rursus redeat.

IV. Aus allem ergiebt sich also soviel, daß, wenn eine wahre Antichresis Statt haben soll, nicht nur Zinsen versprochen, sondern auch ausdrücklich verabredet worden seyn müsse, daß der Gläubiger statt derselben die Früchte der Sache genießen und behalten solle. Sind daher entweder gar keine Zinsen versprochen, oder es ist wegen der Früchte nichts verabredet worden, so darf der Gläubiger die ihm verpfändete Sache nicht für sich benutzen, noch die Früchte statt der Zinsen sich zueignen [48]), sondern er muß dieselben auf das Kapital abrechnen, auf die Zinsen aber nur insofern, als ein rechtlicher Grund dazu vorhanden ist, und den Ueberschuß an den Schuldner herausgeben, mithin Rechnung über die Früchte ablegen, wobey ihm denn auch die vernachläßigsten Früchte angerechnet werden können [49]).

V. Der antichretische Vertrag ist nach dem römischen Rechte zwar ein erlaubter Vertrag, er darf aber doch nicht zur Bedeckung eines unerlaubten Zinswuchers dienen, wenn er auch gleich nicht gerade an die Strenge des gesetzmäßigen Zinsenmaaßes gebunden ist, wie die oben angeführten Gesetze *L. 14. et 17. Cod. de Usuris* klar beweisen. Das cano-

48) *§. 6. I. de obligat. quae ex delicto. L. 54. D. de furt.*

49) *L. 1. 2. 3. et 12. Cod. h. t. L. 1. Cod. de distract. pignor.*

canonische Recht mißbilliget zwar diesen Vertrag, weil er dem Gläubiger erlaubt, die Früchte der Sache, statt der Zinsen, zu genießen, welche das canonische Recht verdammt [50]. Der Gläubiger darf also nach diesem Rechte die Früchte blos auf das Kapital abrechnen, und ist auf solche Art das Kapital abgetragen worden, so muß er das Pfand ungesäumt zurückgeben [51]. Es werden aber doch auch selbst in dem canonischen Recht zwey Fälle ausgenommen, wo es dem Gläubiger erlaubt wird, die Früchte auf die Zinsen zu rechnen, ohne daß dadurch das Kapital getilgt wird, nämlich 1) wenn ein Vasall das Feudum dem Lehnherrn antichretisch verpfändet [52]; 2) wenn der Ehemann zur Sicherheit des ihm versprochenen Heyrathsguts einstweilen von seinem Schwiegervater ein antichretisches Unterpfand

50) *Cap. 1. et 2. X. de Usuris. Cap. 7. et 32. X. de iureiur. Cap. 4. X. de pignorib.* GONZALEZ TELLEZ Commentar. ad Cap. 6. X. de pignorib. Tom. III. pag. 378. sq.

51) *Cap. 6. X. de pignorib. Cap. 8. X. de Usuris. Ian. a* COSTA Commentar. in Decretales ad cap. 6. X. de pignorib. pag. 517.

52) *Cap. 1. X. de feudis.* Hier rescribirt Innocenz III. Insinuatione praesentium declaramus, quod gageria, quam de feudo ecclesiae tuae a M. dignosceris recepisse, a te potest libere detineri, *fructibus non computatis in sortem*, ita videlicet, ut, quam diu fructus illos ceperis, in sortem minime computandos, idem M. a servitio, in quo tibi et ecclesiae tuae pro feudo ipso tenetur, interim sit immunis. Das Wort *Gageria* bedeutet hier ein antichretisches Unterpfand. S. BOEHMER in edit. Corp. iuris canon. ad hoc cap. pag. 485. und *Ant. Dad.* ALTESERRA Innocentius III. ad idem capit. pag. 423.

pfand erhalten hat [53]). Allein in Deutschland war von jeher der antichretische Vertrag bey Verpfändungen üblich, und die Grundsätze des canonischen Rechts haben die Gültigkeit desselben zu entkräften nicht vermocht, wie Böhmer [54]) aus vielen Urkunden des Mittelalters bewiesen hat.

VI. Um den Rechtsbestand des antichretischen Vertrags näher zu beurtheilen, unterscheiden die meisten Rechtsgelehrten [55]), ob die Nutzungen der verpfändeten Sache in gewissen Einkünften bestehen, deren jährlicher Betrag genau bestimmt werden kann, z. B. die Einkünfte bestehen in bestimmten Geldzinsen, die ein Jahr, wie das andere, von den Zinspflichtigen entrichtet werden müssen; oder ob sie in ungewissen Einkünften bestehen, deren Ertrag nicht ein Jahr, wie das andere, fällt, sondern von dem Wachsthum und zufälligem Werthe der Früchte abhängt.

In

53) *Cap. 16. X. de usuris.* wo Innocenz III. folgende Entscheidung giebt. Sane generum ad *fructus* possessionum, quae sibi a socero sunt pro numerata dote pignori obligatae, *computandos in sortem*, non credimus compellendum: cum frequenter dotis fructus non sufficiant ad onera matrimonii supportanda. Statt *numerata* muß hier mit ALTESERRA c. l. *numeranda* gelesen werden.

54) Iur. eccles. Protest. T. V. Lib. V. Tit. 19. §. 28.

55) LAUTERBACH Diss. de iure antichreseos. Th. 44. sqq. et in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 2. §. 15. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. STRECKER Diss. de pacto antichretico. §. 8. HOFFMANN Diss. de antichresi. Sect. I. §. 7. Westphal Pfandrecht §. 65. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1201. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 571. und Gmelins Aufsätze über Verträge §. 44.

In dem ersten Falle, sagt man, dürfe die Benutzung die Größe der gesetzmäßigen Zinsen nicht überschreiten; der Gläubiger müsse also den Ueberschuß am Kapital abrechnen, sonst mache er sich eines verbotenen Zinswuchers schuldig. In dem letztern Falle hingegen komme es wegen des ungewissen Ertrags der Früchte, nicht so genau auf die gesetzmäßige Größe der Zinsen an; daher sey auch hier der Gläubiger nicht so, wie in jenem ersten Falle, verbunden, von den bezogenen Früchten des Gutes Rechnung abzulegen, es müßte denn der jährliche Ertrag der Früchte gewöhnlicher Maaßen so ansehnlich seyn, daß er auch in mittelmäßigen, ja schlechten Jahren immer noch die Grösse bedeutend übersteige. Allein andere verwerfen diesen Unterschied, und diese theilen sich wieder in zwey Partheyen. Einige [56]) lassen durchaus kein Uebermaaß der Zinsen zu, und halten daher den antichretischen Gläubiger in jedem Falle zur Ablegung der Rechnung verpflichtet. Denn die römischen Gesetze ertheilten hierüber keine allgemeine Vorschrift, sondern sprächen nur von besondern Fällen, wo die Gewißheit der Nutzungen entweder gar nicht auszumitteln stand, oder wo wenigstens der Gesetzgeber nach den vorgetragenen Umständen die Ausmittelung für unmöglich hielt. Z. B. der Schuldner beschwerte sich über unbilligen Wucher des Gläubigers, ehe noch die Zeit verstrichen war, bis auf welche der antichretische Vertrag geschlos-

56) *Nic.* PRAGEMANN Diss. de processu liquidationis in antichresi. *Ienae 1718.* *God. Lud.* MENCKEN Diss. Nullum excessum usurarum in pacto antichretico esse tolerandum. *Lipsiae 1745.* *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. LXXIX. Th. 10. und besonders Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder 4. Abschn. S. 362. ff.

schlossen worden. Hier habe freylich der Schuldner nach *L.* 17. *Cod. de usur.* noch zur Zeit kein Gehör finden können, weil, wenn auch der Gläubiger in den ersten Jahren gewonnen hatte, es doch leicht möglich war, daß er wieder schlechte Jahre haben konnte. Der Rechtsbestand des antichretischen Vertrags müsse daher vielmehr aus den deutschen Gesetzen [57]) beurtheilt werden, welche alle wucherlichen Contracte ausdrücklich mißbilligten, und also auch keinem Gläubiger erlaubten, wenn er statt der Zinsen Früchte zu beziehen hat, mehr davon sich zuzueignen, als ihm am Geld bezahlt werden würde. Andere [58]) hingegen halten den Unterschied zwischen gewissen und ungewissen Nutzungen darum für ungegründet, weil sie die *L.* 17. *Cod. de Usuris* als eine allgemeine Vorschrift ansehen, in welcher die Worte: *propter incertum fructuum proventum* keine Restriction enthielten, sondern den Hauptentscheidungsgrund ausdruckten, warum der antichretische Gläubiger keine Rechnung abzulegen verbunden, sondern vielmehr der Vertrag für gültig zu halten sey, wenn auch der Schuldner darthun könnte, daß der Gläubiger mehr an Früchten gewonnen habe, als die gesetzmäßigen Zinsen betragen. Die deutschen Gesetze hätten auch dieses nicht abgeändert. Denn diese sprächen nur von Wiederkaufsgülten, welche von Zinsen auf mehr als eine Art sich unterschieden. Die richtige-

57) Reichs Policey Ordnung vom J. 1530. Art. 26.

58) *Diet. Herm.* KEMMERICH Diss. de creditore antichretico rationes non reddente. *Ienae* 1733. *Io. Conr. Sigism.* TOPP Diss. de distinctione inter fructus certos et incertos in pacto antichretico iure Rom. non fundata. *Helmstadii* 1755. und *Carl.* HANKER Diss. de vera indole et natura antichreseos §. 11.

tigste Meinung ist unstreitig die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [59]), welche, ohne zwischen gewissen und ungewissen Nutzungen zu unterscheiden, zum Grundsatz annehmen, daß der antichretische Vertrag so lange für gültig zu halten, und der Gläubiger zur Ablegung der Rechnung nicht verbunden sey, als der Schuldner nicht beweißt, daß ein unerlaubter Zinswucher darunter verborgen sey. Es kann denn auch nicht in Betrachtung kommen, ob die Früchte bürgerliche oder natürliche sind, und ob der Gläubiger das Grundstück selbst benutzt, oder es verpachtet gehabt habe [60]). Bey dieser Berechnung ist jedoch nicht auf den Ertrag eines einzelnen Jahrs zu sehen, sondern die gewonnenen Früchte müssen nach einem Durchschnitt berechnet werden. Beyspiele, wie eine solche Berechnung zu machen sey, haben **Hofmann** [61]), **Weber** [62]), **Schneidt** [63]) und **Langsdorf** [64]).

VII. Der

59) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. 157. medit. 1. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 76. und Tom. III. Obs. 57. Böhmer auserlesene Rechtsfälle 1. B. 2. Abth. Nr. 71. EISENHART Diss. rationem computationis fructuum ex pacto antichretico perceptorum in foro receptam nec iuri nec aequitati convenire *Helmst.* 1768. (in *Opusc.* Nr. 15.) WALCH Introd. in controv. iuris civ. pag. 540. sqq. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 5. Not. u. pag. 253. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 653.

60) *L. 11. §. 1. D. de pignor.*

61) ICtus mathemat. et in specie analysta circa antichresin et interusurium Sect. I. §. 15.

62) Diss. de pacto antichretico. P. II.

63) Diss. sist. specimen arithmeticae sublimior. et politicae ad materiam de usuris, antichresi etc. Cap. III. §. 69. sqq.

VII. Der antichretische Gläubiger, welcher die Früchte der Sache, statt der Zinsen, ohne Berechnung derselben, genießt, muß billig auch die Lasten des Nutznießers übernehmen, ohne deshalb dem Schuldner etwas anrechnen zu dürfen [65]).

§. 871.

Wenn ist der Gläubiger zur Restitution des Pfandes verbunden?

Das Pfand kann jedoch nicht eher zurückgefordert werden, als wenn die ganze Schuld nebst den Zinsen und Kosten an den Gläubiger [66]), oder auf seine Anweisung an einen Dritten bezahlt worden ist [67]), oder die Schuld sonst auf rechtliche Art, z. B. durch Compensation, getilgt ist; oder es wenigstens nicht an dem Schuldner gelegen, daß die Schuld an den Gläubiger nicht abgetragen wurde, weil dieser die Annehmung der Zahlung ohne rechtmäßige Ursache verweigerte [68]). Zuweilen kann jedoch das Pfand zurück-

64) Arithmetische Abhandlungen über juristische staats- und forstwissenschaftliche Fragen. Heidelberg und Mannheim 1810. 8.

65) LEYSER Specim. CLVII. medit. 7—9.

66) *L. 9. §. 3. D. h. t.* Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneratitia actio.

67) *L. 11. §. 5. D. h. t.* Solutam autem pecuniam accipiendum, non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius: vel ei, cui heres extitit, vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis praeposito.

68) *L. 20. §. 2. D. h. t.* Si per creditorem stetit, quominus ei solvatur, recte agitur pigneratitia. — *L. 3. Cod. de luit. pign.* Si reddita debita quantitate, vel rebus in solutum datis, sive distractis, et compensato pretio satis ei, contra quem supplicas,

rückgefordert werden, wenn gleich die Schuld noch gar nicht bezahlt, oder noch nicht ganz getilgt ist. Es kommt nämlich hierbey auch auf die getroffene besondere Verabredung zwischen dem Gläubiger und Schuldner an. Ist dieser ein Genüge geschehen, so kann der Gläubiger das Pfand nicht weiter zurückhalten. Man setze also den Fall, es sey verabredet werden, daß das gegebene Pfand nur so lange haften sollte, bis dem Gläubiger eine andere Sicherheit durch Bürgen, oder Delegation eines andern Schuldners, oder durch eine andere Hypothekverschreibung würde gegeben worden seyn. Ist hier dem Willen des Gläubigers ein Genüge geschehen, so muß er das Pfand zurückgeben, sobald er die neue Sicherheit angenommen hat, wenn gleich der Gläubiger sich eine Befriedigung hätte anweisen lassen, wobey er weniger gesichert ist. Denn dies ist alsdann seine eigene Schuld, daß er sich nicht besser vorgesehen hat [69]).

Ferner

cas, factum esse, adito praeside provinciae probaveris, *vel si, quod residuum debetur, obtuleris, ac si non acceperit, deposueris consignatum:* restitui tibi res pacto pignoris obligatas providebit: cum etiam edicto perpetuo actione proposita, *pecunia soluta creditori, vel si per eum factum sit, quominus solveretur:* ad reddenda ea, quae pignori acceperat, iure eum satis evidenter urgeri, manifestum est.

69) *L. 9. §. 3. D. h. t.* Satisfactum autem accipimus, *quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum*, sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat; sive fideiussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventione: nascitur pigneratitia actio. *Et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei* SATISFACTUM, *si, ut ipse voluit, sibi cavit, licet in hoc deceptus sit.* Zur Erläuterung ist hier zu bemerken, daß *reus* soviel als ex-

pro-

Ferner wenn das Pfand entweder ausdrücklich blos für das Kapital, mit Ausnahme der Zinsen, oder blos wegen der Zinsen allein wäre gegeben worden, und der Schuldner hat das bezahlt, wofür die Verpfändung wirklich geschehen ist, so muß er das Pfand zurückgeben, wenn auch dadurch die ganze Schuld nicht getilgt ist [70]. Ausserdem würde eine bloße

promissor, und *decipi*, sich selbst hintergehen, heißt. S. Westphals Pfandrecht §. 223. Not. 247.

70) *L. 11. §. 3. D. h. t.* Si *in sortem* duntaxat, vel *in usuras* obstrictum est pignus, eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pigneratitia. Sive autem usurae in stipulatum sint deductae, sive non: si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quam diu quid ex his debetur, pigneratitia cessabit. CUJACIUS Observation. Lib. V. cap. 28. will hier statt vel in usuras, vielmehr *nec in usuras* lesen, weil es nachher heißt: Si tamen pignus *et in eas* obligatum fuit. Er hat diese Emendation nachher Lib. XV. cap. 22. noch mehr zu bestärken gesucht, wo er den Grund hinzufügt, weil, wenn die Verpfändung bloß der Zinsen wegen geschehen wäre, der Schuldner nicht mit Wirkung auf die Zurückgabe des Pfandes würde klagen können, so lange das Kapital nicht bezahlt ist, sondern dem Gläubiger nach *L. un. Cod. Etiam ob chirographariam pecuniam* eine Retention des Pfandes zustehen würde. Allein daß zu einer solchen Emendation kein hinlänglicher Grund vorhanden sey, hat schon *Ioh.* ROBERT in recept. Lection. Lib. I. cap. 27. und Animadversion. Lib. I. c. 26 et 27. gezeigt. Cujaz hat auch nachher Lib. XIX. Observat. cap. 27. seine Conjectur selbst wieder aufgegeben. Die Basiliken Tom. IV. pag. 5. bestärken ebenfalls die gemeine Leseart, wo es heißt: Εἴτε ὑπὲρ μόνου τοῦ κεφαλαίου, εἴτε ὑπὲρ τῶν τόκων δοθῇ ἐνέχυρον, καὶ καταβληθῇ τὸ ὑπὲρ οὗ ἠνεχυριάσθη, κινεῖται ἡ περὶ τοῦ ἐνεχύρου ἀγωγή. i. e. *Sive in sortem duntaxat, sive in usuras pignus datum sit, eo soluto, propter quod pignus obstrictum*

bloße Abschlagszahlung den Schuldner nicht zur Zurückforderung des Pfandes berechtigen, es würde vielmehr der Gläubiger allerdings berechtiget seyn, das Pfand auch wegen der noch rückständigen Zinsen zurück zu behalten [71]);

§. 872.

Herausgabe des Ueberschußes.

Hat der Gläubiger wegen unterbliebener Bezahlung der Schuld das Pfand verkauft, so muß er, wenn er mehr daraus gelößt hat, als die Schuld beträgt, den Ueberschuß herausgeben. Man nennt diesen Ueberschuß *Hyperocha* [72]). Hat ihn der Gläubiger benutzt, oder wohl gar davon Zinsen gezogen, oder hält er solchen dem Schuldner ungebührlich vor, so muß er in jenem Falle die Nutzungen dem Schuldner berechnen, in dem letztern aber die Verzugszinsen bezahlen. *L. 6. §. 1. D. h. t.* sagt: Si creditor *pluris* fundum pignoratum vendiderit, *si id foeneret*, usuram eius pecuniae praestare debet ei, qui dederit pignus. Sed et *si ipse usus sit ea pecunia*, usuram praestari oportet. *L. 7. D. eodem.* Si autem tardius *superfluum*

strictum erat, agitur pigneratitia. Es ist daher zu verwundern, wie dennoch POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. V. not. h. pag. 394. der Cujazischen Emendation hat seinen Beyfall geben mögen. Man sehe noch WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Vol. I. Disp. XXVII. Th. 16. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. L. Th. 8. und besonders Webers Versuche über das Civilrecht S. 156. und S. 170.

71) *L. un. C. Etiam ob chirograph. pecuniam pignus retineri posse.*

72) *Christoph. Phil.* RICHTER Diss. de hyperocha seu de eo, quod amplius est in pignore. *Ienae 1668. rec. 1757.*

fluum restituat creditor id, quod apud eum depositum est, *ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.* Hat der Käufer des Pfandes das Kaufgeld noch nicht bezahlt, so kann der Gläubiger zur Herausgabe des Ueberschußes nicht schlechterdings genöthiget werden, sondern der Schuldner muß warten, bis der Käufer bezahlt, oder sich mit einer Cession an den Käufer begnügen, wobey jedoch auf jeden Fall der Gläubiger die Gefahr trägt. *L.* 24. §. 2. *D. eodem* sagt deshalb: Si vendiderit quidem creditor pignus pluris, quam debitum erat: nondum autem pretium ab emtore exegerit: an pigneratitio iudicio conveniri possit ad superfluum reddendum? an vero vel exspectare debeat, quoad emtor solvat, vel suscipere actiones adversus emtorem? et arbitror, non esse urgendum ad solutionem creditorem, sed aut exspectare debere debitorem, aut, si non exspectat, mandandas ei actiones adversus emtorem, periculo tamen venditoris. Quodsi accepit iam pecuniam, superfluum reddit [73]. Ein Anders wäre, wenn dem Gläubiger eine Nachläßigkeit zur Last fallen sollte, daß er das Kaufgeld noch nicht erhalten hat. Hier kann er sofort angehalten werden, den Ueberschuß, und zwar mit den

73) *Ant.* FABER in Rational. ad Pand. h. L. glaubt hier nichts als Tribonianismen zu finden, welche noch dazu lauter Ungereimtheiten enthielten, und von der gröbsten Unwissenheit in den bekanntesten Rechtsprincipien zeugten. Allein *Ulric.* HUBERUS in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 547. hat Tribonians Ehre vollkommen gerettet, und Fabers Grillenfängerey, wie sichs gebührt, abgefertiget. Man sehe auch Westphals Pfandrecht §. 518. Not. 241.

den Zinsen des Verzugs, herauszuzahlen, ohne den Schuldner an den Käufer verweisen zu dürfen. Von diesem Falle ist die *L.* 42. *D. eodem* zu verstehen, wo **Papinian** sagt: Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, *ut superfluum pretii cum usuris restituat*, iure cogitur. *Nec audiendus erit, si velit emtorem delegare*: cum in venditione, *quae fit*, *ex facto* 74) suum creditor negotium

74) Die Leseart dieser Worte ist streitig, und lautet nicht in allen Handschriften und Ausgaben so, wie hier die Florentinische Ausgabe lieset. Unser Erlanger Codex hat: *in venditione, quae rite facta est*. Eben so lesen Haloander und Baudoza. Cujaz hingegen glaubt, daß statt: quae fit, ex facto vielmehr *quae fit ex pacto* gelesen werden müsse. Ihm stimmt auch *Ger.* NOODT in Commentar. ad Pand. h. t. T. II. *Operum* pag. 325. §. *Venit igitur* bey, und führt ein Beyspiel aus *L. 6. Cod. de Solut.* an, wo auch statt *factum* pactum gelesen werden müsse, wie er Lib. II. Observation. cap. 24. weiter zu beweisen sich bemüht hat. Noodt erklärt daher die Worte Papinians auf folgende Art: Quod in pignoris venditione a creditore facta *ex pacto de distrabendo pignore* (quod in *L. 4. C. h. t.* dicitur *vulgare pactum*) creditor non gerit debitoris negotium, sed gerit negotium suum: ita non est causa, cur invitus cogatur debitor delegatione creditoris mutare actionem, et alium sibi admittere debitorem: aliter ac si creditor gessisset debitoris negotium; nec eius culpa argui posset. Den scheinbaren Widerspruch zwischen *L.* 42. und *L.* 24. §. 2. *h. t.* sucht er auf folgende Art zu heben. His non resistere *Ulpianum* facile intelligetur: cogitantibus, duplicem esse dubitationem; *unam*, an creditorem oporteat debitori reddere superfluum pretii: *alteram*, quando oporteat creditorem debitori superfluum reddere. Ad priorem quaestionem respondet PAPINIANUS d. *L.* 42. ad posteriorem ULPIANUS d. *L.* 24. §. 2. Ait igitur PAPINIANUS, creditorem teneri, debitori reddere super-

gotium gerat. So lassen sich beyde Gesetzstellen sehr wohl vereinigen. Johann Alcamiranus [75]) hat dieses sehr gründlich ausgeführt. Ego ex iuris principiis, sagt er, recte convenire *Papinianum* cum *Ulpiano* existimo, si advertamus, regulam supra dictam, quae affirmat, eum, qui tenetur, quia habet actionem, liberari, si eam mandare velit: ita accipiendam, si, qui habet actionem, nullo alio iure teneatur; quod si alio iure insuper obstrictus sit, veluti ex propria negligentia, si praestare velit actiones, audiendus non est: quod est expressum in *L.* 21. *§. ult. D. de negot gest. L.* 60. *§. servum. D. locati*, *L.* 8. *§. ult. D. mandati.* Hinc si creditor iure suo pignus vendat, et dilationem emtori modicam forte, vel necessariam ad solutionem concedat, (quod potest, quia cum debitoris sit velut procurator in pignoris venditione. *L.* 29. *D. fam. ercisc.* non tenetur semper praesenti pecunia vende-

superfluum; nec posse invito debitori delegare nomen emtoris. ULPIANUS vero ait, creditorem non esse obligatum, debitori superfluum pretii restituere ante, quam id ab emtore exegerit: propterea, quod non debet id de suo solvere. Quodsi debitor recuset exspectare emtoris solutionem, scilicet, quod suspecta ei sit creditoris negligentia, posse a creditore accipere mandatas actiones, quibus ipse adversus emtorem experiatur. Auch VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 4. und POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XX. Not. g. h. geben nicht undeutlich der Cujazischen Emendation ihren Beyfall. In den Basiliken finden sich diese letzteren Worte nicht.

75) Commentar. in priores XIII. libros ex XX. Quaestion. Q. Cervidii Scaevolae Tract. II. ad L. 51. D. de peculio §. 7. in *Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 399.

re, argum. *L. 1. §. 1. D. de except. rei vend. L. 5. §. item ſi inſtitor 15. D. de inſtitor. act.* quod ius, quia in pignore iudiciali non recipitur *L. 15. §. 7. D. de re iudic.* neceſſario uterque textus de pignore conventionali intelligi debet) multum intereſt, an agam contra creditorem pro ſuperfluo intra tempus, quo ipſe neque recuperavit ab emtore, neque eſt in culpa, cur non recuperaverit, an iam poſtquam eſt in culpa, cur non exegerit, veluti poſt transactum tempus ad ſolvendum datum. Primo caſu recte ULPIANUS, non eſſe urgendum ad ſolutionem creditorem, qui pignus vendidit, imo debitorem expectare debere, ut emtor ſolvat, aut ſi non expectet, mandandas ei actiones, affirmabat; quia cum ſimus intra tempus ad ſolvendum datum, creditor, qui non exegit, non eſt in culpa, ſed tenetur tantum, quia habet actionem; quodſi paratns ſit praeſtare, abſolvetur ex regula ſupra tradita. At vero ſi creditor negligenter ſe geſſit in pretio pignoris exigendo, imo tantum temporis elabi paſſus eſt, ut iam uſurae debeantur: ſi velit emtorem delegare, audiendum non eſſe, optime PAPINIANUS reſpondet; quia iam non tantum, quia habet actionem, ſed quia in non exigendo negligentiam admiſit, debitori tenetur dict. *L. 21. §. ult. de negot. geſt.* Nam quamvis in venditione, quae fit ex facto ipſo venditionis, ſuum creditor negotium gerat, hoc eſt, ſui lucri cauſa, non autem debitoris, ut ſic non videatur ex propria negligentia teneri: nihilominus pro ſuperfluo, quod reſtituere debet, immo magis ex propria negligentia tenebitur ad ſuperfluum cum uſuris reſtituendum, ut in ſimili eleganter docet ULPIANUS

in

in *L. 6. §. Sed et si quis negotia mea D. de negot gest.* Mit dieser Erklärung des spanischen Rechtsgelehrten stimmt auch der griechische Scholiast der Basiliken 76) überein, welcher bey der *L.* 42. die Bemerkung macht: ταῦτα νόησον ἔνθα κόυλπα ἐλέγχεται. i. e. *Hoc ita intelligendum est, si culpa eius arguatur.* Geschieht es jedoch durch einen bloßen Zufall, daß der Käufer insolvent wird, ohne daß dem Gläubiger dabey eine Nachläßigkeit mit Recht kann Schuld gegeben werden, so darf der Gläubiger diesen Schaden nicht tragen, sondern es bleibt ihm vielmehr der Schuldner verpflichtet, bis die Schuld bezahlt ist, wie uns **Paulus** lehrt, wenn er *L. 9. pr. D. de distract. pignor.* sagt: Quaesitum est, si creditor ab emtore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset? Putavi, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum: quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta.

§. 873.

Verbindlichkeiten des Schuldners.

Die Verpflichtungen des Pfandschuldners gehen 1) auf Ersatz alles Schadens, den der Gläubiger aus der Verpfändung erlitten hat. Dahin gehört, wenn der Schuldner arglistig eine andre Sache unterschob, als er dem Gläubiger zum Pfande zu geben versprochen hatte; oder eine fehlerhafte, oder fremde, oder schon einem Andern verpfändete Sache zum Pfande gegeben hat. Ob es von dem Schuldner wissentlich geschehen ist, oder nicht, darauf kommt in Absicht auf die Verbindlichkeit desselben zur

76) Tom. IV. pag. 30. in fin. et sq.

zur Entschädigung des Gläubigers nichts an; sondern dieser Unterschied kommt nur dann in Betrachtung, wenn die Frage davon ist, ob sich der Schuldner eines Stellionats schuldig gemacht habe. Jedoch fällt die Verbindlichkeit zur Entschädigung alsdann weg, wenn der Gläubiger wissentlich eine fremde, oder die einem Andern schon verpfändete Sache zum Pfande annahm, oder wenn die einem Andern schon verpfändete Sache von so bedeutendem Werthe ist, daß sie auch dem zweyten Gläubiger noch hinlängliche Sicherheit gewährt. Hier kann freylich von keiner Entschädigung die Frage seyn, wenn auch der erste Gläubiger sein Pfandrecht geltend macht. Über diese Sätze dienen folgende Gesetzstellen zum Belege.

L. 1. §. 2 *D h. t.* Si quis, cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse: ita ut pignori dederit: videndum erit, an aes pignori obligaverit: et numquid, quia in corpus consensum est, pignori esse videatur? Quod magis est. Tenebitur tamen pigneratitia contraria actione, qui dedit: praeter stellionatum, quem fecit.

L. 36. *pr. D. eodem.* Si quis in pignore pro auro aes subjecisset creditori: qualiter teneatur, quaesitum est? In qua specie rectissime *Sabinus* scribit: siquidem dato auro aes subjecisset, furti teneri; quodsi in dando aes subjecisset [77], turpiter fecisse, non furem esse. Sed et hic puto pigneratitium iudicium locum habe-

77) In den Basiliken Tom. IV. pag. 12. heißt es: ἐι δὲ μόνου ἐπιδείξας τὸ χρυσοῦν ὑπήλλαξεν, i. e. *sed si auro duntaxat ostenso aes subiecerit.*

habere: et ita POMPONIUS ſcribit. Sed et extra ordinem ſtellionatus nomine plectetur, ut eſt ſaepiſſime reſcriptum.

§. 1. *eiusd. L.* Sed et ſi quis rem alienam mihi pignori dederit ſciens prudensque, vel ſi quis alii obligatam mihi obligavit, nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur. Plane ſi ea res ampla eſt, et ad modicum aeris fuerit pignerata, dici debebit, ceſſaré non ſolum ſtellionatus crimen, ſed etiam pigneratitiam et de dolo actionem: quaſi in nullo captus ſit, qui pignori ſecundo loco accepit.

L. 16. §. 1. *D. eodem.* Contrariam pigneratitiam creditori actionem competere certum eſt. Proinde ſi rem alienam, vel alii pignoratam, vel in publicum obligatam dedit, tenebitur: quamvis et ſtellionatus crimen committat. Sed utrum ita demum, ſi ſcit, an et ſi ignoravit? Et quantum ad crimen pertinet, excuſat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excuſat, ut *Marcellus* libro 6. Digeſtorum ſcribit. Sed ſi ſciens creditor accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morboſum, contrarium ei non competit.

L. 32. *D. eodem.* Cum debitore, qui alienam rem pignori dedit, poteſt creditor contraria pigneratitia agere, etſi ſolvendo debitor ſit [78]).

Hat

78) Die Baſiliken T. IV. pag. 12. haben das etſi nicht, ſondern überſetzen die Stelle ſo: Εὰν ἔυπορός ἐστὶν ὁ ἀλλότριον ἐνεχυράσας, ἐνάγεται τῇ περὶ ενεχύρων ἀγωγῇ. i. e. *Si ſolvendo ſit, qui rem alienam pignori dedit, actione pigneratitia tenetur.*

Hat der Gläubiger durch die ihm zum Pfande gegebene Sache selbst Schaden erlitten, z. B. das zum Pfande gegebene Pferd hat auf eine dem Instinct dieser Thiergattung sonst nicht gewöhnliche Art ohne alle Veranlassung und Schuld des Gläubigers geschadet; so kommt es darauf an, ob der Verpfänder dabey ausser aller Schuld war, oder dem Gläubiger diesen ihm bekannten Fehler der Sache verschwieg. In dem ersten Falle kann der Schuldner dem Gläubiger die verpfändete Sache statt des Schadensersatzes überlassen. In dem andern Falle hingegen steht ihm dieser Ausweg nicht offen, sondern der Gläubiger kann hier mit Recht Entschädigung fordern, wie aus folgender Stelle des Afrikans erhellet.

L. 31. *D. h. t.* Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere. Quod si sciens furem pignori mihi dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilominus habiturum me pigneratitiam actionem, ut indemnem me praestet. Eben diese Entscheidung findet auch bey allen andern Contracten statt, wenn eine schädliche Sache dem Andern überlassen worden ist [79].

II. Der Schuldner haftet auch für den Schaden, den er selbst durch Deterioration der verpfändeten Sache verursacht hat, es wäre denn, daß der Schade durch eine Hand-

79) *L. 26. §. 7. D. mandati. L. 45. D. locati. L. penult. Cod. Commodati. L. 21. §. 2. D. de act. rerum amotar. L. 58. pr. D. de aedilit. edicto. L. 61. §. 2. seqq. D. de furtis.* S. *Iac.* CUJACIUS ad Africanum Tract. VIII. ad L. 31. D. de pignerat. act. und Westphals Pfandrecht §. 26. Not. 44.

Handlung geschehen wäre, wozu der Schuldner berechtiget war. **Marcellus** giebt uns hiervon *L.* 27. *D. de pignor.* folgendes Beyspiel: Servum, quem quis pignori dederat, ex leviſſima offenſa vinxit, mox ſolvit, et quia debito non ſatisfaciebat, creditor minoris ſervum vendidit: an aliqua actio creditori in debitorem conſtituenda ſit, quia crediti ipſius actio non ſufficit ad id, quod deeſt, perſequendum? Quid ſi eum interfeciſſet, aut eluſcaſſet? Ubi quidem interfeciſſet, *ad exhibendum* tenetur, ubi autem eluſcaſſet, *quaſi damni iniuriae* dabimus *actionem* ad quantum intereſt, quod debilitando, aut vinciendo perſecutionem pignoris exinanierit. Fingamus nullam crediti nomine actionem eſſe, quia forte cauſa ceciderat; non exiſtimo indignam rem animadverſione et auxilio Praetoris. *Ulpianus* notat: ſi, ut creditori noceret, vinxit, tenebitur, ſi merentem, non tenebitur. Zur Erläuterung dieser Stelle ist zu bemerken, daß ein Sklave, der von seinem Herrn wegen eines Vergehens einmal war in Ketten gelegt und gestraft worden, hierdurch viel von seinem Werthe im Handel verlohren hatte. Der Herr durfte daher auch diesen Umstand beym Verkauf des Sklavens nicht verschweigen, wenn es der Käufer nicht etwa schon selbst wußte [80]). In dem Falle, von welchem **Marcellus** spricht, hatte der Herr seinen Sklaven, den er seinem Gläubiger verpfändet hatte, unverdienter Weise gestraft, und dadurch den Werth desselben dergestalt vermindert, daß

80) S. *L.* 48. §. 4. *D. de aedilit. edicto.* *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquiliam. Lib. II. cap. III. Sect. II. nr. 45. (in *Theſ. Meerman.* Tom. II. pag. 124.)

daß beym Verkauf des Sklavens der Gläubiger aus dem daraus gelößten geringen Werth nicht seine vollkommene Bezahlung erhielt. Es fragte sich also, ob die von dem Verpfänder verschuldete Deterioration des Sklaven nicht für sich eine Klage begründe, wenn auch allenfalls die Schuldklage des Gläubigers unterdessen erloschen wäre [81])? Marcellus entscheidet diese Frage bejahend, und giebt dem Gläubiger in dem Falle, da der Schuldner den Sklaven todgeschlagen, die *actio ad exhibendum*; hätte er ihn aber ein Auge aus dem Kopf, oder sonst zum Krüppel geschlagen, die *actio Legis Aquiliae* nämlich *utilis*, denn die *actio directa* kommt bloß dem Eigenthümer zu [82]). Ulpian macht bey dieser Entscheidung noch die Bemerkung, daß wenn der Sklave eine solche Züchtigung verdient hätte, z. B. der Herr hatte ihn im Ehebruch bey seiner Frau betroffen [83]); so dürfe der Schuldner für den daraus entstandenen Schaden dem Gläubiger nicht haften.

III. Der Schuldner ist ferner den Gläubiger zu entschädigen verbunden, wenn letzter nach Veräusserung des Pfandes aus besondern Gründen sollte zur Evictionsleistung angehalten worden seyn, wofern ihm nur kein Dolus noch Culpa dabey zur Last fällt. Einen hierher gehörigen Fall entscheidet Ulpian *L.* 22. §. 4. *D. de pignerat. act.* Si credi-

81) In den *Basilicis* T. IV. pag. 40. heißt es: Τί γὰρ ὅτι ἐφθάρη ἡ ἐπὶ τῷ χρέει ἀγωγὴ; i. e. *Quid enim si actio crediti interierit?*

82) Die *Basilica* c. l. haben τῷ ἀκουϊλίῳ οὐτιλίῳ.

83) S. SUAREZ *de* MENDOZA in Commentar. ad Leg. Aquil. cit. loc. pag. 121. nr. 28. sqq.

creditor, quum venderet pignus, duplam promisit (nam usu hoc evenerat) et conventus ob evictionem erat, et condemnatus: an haberet regressum pigneratitiae contrariae actionis? Et potest dici, esse regressum; si modo sine dolo et culpa sic vendidit, et ut paterfamilias diligens id gessit; si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti vendidit, quanti vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere. Es war nämlich in der Praxis der Fall vorgekommen, daß der Gläubiger beym Verkauf der verpfändeten Sache dem Käufer, im Falle der Eviction, das Duplum versprochen hatte. Der Gläubiger war hierauf, wegen der nachher wirklich erfolgten Entwährung, belangt, und auch seinem Versprechen gemäß verurtheilt worden. Es entstand daher nun die Frage, in wiefern ihm deshalb der Regreß gegen den Schuldner zu gestatten sey? Ulpian unterscheidet, ob sich der Gläubiger bey dem Verkaufe des Pfandes mit der gehörigen Vorsicht und Klugheit benommen habe, und zugleich dabey auf den Nutzen des Schuldners bedacht gewesen sey, oder nicht. Ist das Erstere, und der Gläubiger hat z. B. bey der Veräusserung des Pfandes die Bezahlung des Duplum deswegen übernommen, weil er ohne diese Bedingung den Verkauf entweder gar nicht, oder nicht so vortheilhaft zu Stande bringen konnte; so kann ihm der Regreß auf keine Art verweigert werden. Denn hier ist ihm durchaus nichts zur Last zu legen, da er zu der Vermuthung berechtiget war, daß ihm der Schuldner keine fremde Sache werde verpfändet haben. Ueberdem würde ja der Käufer, ohne jenes Versprechen des Gläubigers den Schuldner selbst in Anspruch neh-

nehmen können [84]). Hat hingegen der Schuldner von dem Versprechen des Gläubigers gar keinen Vortheil gehabt, weil die Sache um den Preiß, welchen der Käufer dafür bezahlt hat, ohne Schwierigkeit verkauft werden konnte, wenn gleich der Gläubiger sich zur Wiedererstattung des doppelten Kaufgelds auf den Evictionsfall nicht verpflichtet hätte; so kann der Gläubiger wegen des bezahlten Duplums von dem Schuldner keine Entschädigung verlangen, weil hier die Verpflichtung des Gläubigers unnöthig war, folglich dem Schuldner nicht zugemuthet werden kann, die nachtheiligen Folgen eines Versprechens zu tragen, welches weder ihm noch dem Verkäufer in irgend einer Rücksicht vortheilhaft werden konnte [85]). Der Gläubiger kann also in diesem Falle von dem Schuldner weiter nichts verlangen, als die Bezahlung der Schuld, wie **Tryphonin** in der gleich nachher folgenden, und mit jener in der genauesten Verbindung stehenden Stelle sagt. *L. 23. D. eodem.* Nec enim amplius a debitore, quam debiti summam, consequi poterit. Sed si stipulatio usurarum fuerat, et post quinquennium forte, quam pretium ex re obligata consecutus est, victus eam (sc. *duplam*) emtori restituit, etiam medii temporis usuras a debitore petere potest; quia nihil ei solutum esse, ut auferri non possit,

84) *L. 11. §. 16. D. de act. E. et V. L. 10. D. de distract. pignor. L. 74. §. 1. D. de eviction. L. 1. Cod. creditor. eviction. pignoris non deb.*

85) S. *Franc.* DUARENUS in Commentar. ad h. Tit. cap. 9. *Oper.* pag. 967. und Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1. Band 6. Abhandl. S. 89. ff.

possit, palam factum est: sed si simplum praestitit, doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione; quia habuit usum pecuniae pretii, quod ab emtore acceperat. Tryphonin entscheidet hier noch zwey andere Fälle. Erstens, wenn der Gläubiger bey der Veräußerung des Pfandes dem Käufer auf den Evictionsfall die Restitution des Kaufgeldes mit Zinsen versprochen hat. Dieser Fall ist in den Worten ausgedrückt: *si stipulatio usurarum fuerat* [86]). Zweytens, wenn der Gläubiger dem Käufer des Pfandes blos das Simplum, d. h. das Kaufgeld ohne Zinsen zurückzugeben versprochen, und solches

86) Es ist ganz unrichtig, wenn man diese Worte von dem Falle erklärt, da sich der Gläubiger bey der Darleihung des Kapitals vom Schuldner hat Zinsen durch Stipulation versprechen lassen. Denn dazu wäre wegen der hier geschehenen Pfandgebung auch schon das bloße Pactum hinreichend gewesen. *L. 11. §. 3. D. h. t. L. 37. D. de Usur. L. 3. L. 4. L. 5. L. 21. Cod. eodem. L. 5. §. 2. D. de solut.* Ueberdem hätte es auch dann heissen müssen: *si stipulatus usuras fuerat.* Zwar lieset wirklich Haloander so, und ihm sind Vintimill in edit. Pandectar. *Paris. 1548. 8.* und Bevilaqua in edit. *Veneta 1549.* gefolgt. Allein sie haben durch diese Aenderung der Leseart, welche allen Handschriften widerstreitet, zu erkennen gegeben, daß sie diese Stelle nicht verstanden haben. Eben so wenig redet Tryphonin von dem Falle, da der Gläubiger beym Verkaufe des Pfandes dem Käufer auf den Evictionsfall das Doppelte und noch die Zinsen des Kaufgeldes versprochen hat. Ein solches Beyspiel wäre in dem römischen Gesetzbuche unerhört, und dem Geist desselben zuwider, weil ja die andere Hälfte der auf den Evictionsfall bedungenen Dupla schon als Zinsen gilt, und man sich nicht das Nämliche zweymal versprechen lassen kann. *L. 57. D. de reg. iur. L. 18. D. de verb. obligat.*

ches in dem eingetretenen Evictionsfalle auch wirklich geleistet hat. (*Sed si simplum praestitit*) [87]). In dem ersten Falle hält es Tryphonin für billig und gerecht, daß der Gläubiger, welcher dem Käufer die Restitution des Kaufgeldes mit Zinsen versprochen, und letztere in dem erfolgten Entwährungsfalle wirklich bezahlt hat, auch die Zinsen von Zeit der Veräußerung an, bis zur Zeit der Eviction [88]) nebst dem Kapital vom Schuldner verlangen könne, weil ja der Gläubiger, wenn er das Kaufgeld mit Zinsen hat zurückzahlen müssen, nun aus dem Verkauf des Pfandes gar keinen Vortheil gehabt hat, folglich die Sache nun so anzusehen ist, als ob gleichsam von der Zeit an der Schuldner in mora gewesen wäre. In dem letztern Falle hingegen, da der Pfandgläubiger wegen der Entwährung dem Käufer nur das bloße Kaufgeld ohne Zinsen zurückgezahlt hat, kann er auch von dem Schuldner keine Zinsen fordern, weil sie durch die Benutzung des Kaufpreises hinlänglich vergütet sind. Denn da die Zinsen für den Nutzen bezahlt werden, den man aus dem Gebrauche des Geldes ziehen kann, diesen Nutzen aber in dem gegebenen Falle der Gläubiger

87) Der *Stipulatio simpli* geschieht zwar in der *L. 32. h. t.* ausdrücklich keine Erwähnung; allein die hier erwähnte Prästation ließ sich ohne eine Stipulation nicht denken. *L. 8. §. 1. D. h. t. L. 59. §. 4. D. Mand. L. 1. Cod. Creditorem evictionem pignoris non deb.*

88) So erklären das *medium tempus* die *Basilica* Tom. IV. pag. 9. Απαιτεῖ δέ τό χρέος καί τούς τόκους τούς ἐξ ἐπερωτήσεως τούς μετά τήν πρᾶσιν ἕως τῆς ἐκνικήσεως. i. e. *Petit autem debitum et usuras ex stipulatione ex die venditionis in diem evictionis.*

biger aus dem ihm von dem Käufer bezahlten Pfandschilling hat ziehen können, so kann ihm mit Recht die exceptio doli entgegengesetzt werden, wenn er die Zinsen fordern wollte. Man sieht hieraus, daß Tryphonin hier überall den Fall vor Augen gehabt habe, da der Schuldner Zinsen von dem ihm dargeliehenen Kapital dem Gläubiger versprochen hatte. So lassen sich also die angeführten beyden Gesetzstellen in ihrer Verbindung mit einander sehr leicht erklären, bey deren Erklärung die Rechtsgelehrten [89]) fast unüberwindliche Schwierigkeiten gefunden haben. Da der Schuldner von seiner Verbindlichkeit gegen den Gläubiger nicht befreyet wird, wenn der letztere, wegen übernommener Verbindlichkeit der Evictionsleistung, den Käufer des Pfandes hat entschädigen müssen; so hat der Gläubiger die Wahl, ob er im Falle der erfolgten Eviction gegen den Schuldner, wider welchen er den Regreß nehmen kann, die aus dem Pfandcontract entstehende Gegenklage, oder die Hauptschuldklage, welche in diesem Falle gleichsam wieder in das Leben zurückgerufen wird, anstellen will.

89) Vergleiche *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 23. D. h. t. *Reinh.* BACHOV Tr. de pignorib. et hyp. Lib. III. cap. 25. nr. 5. et 6. *Ant. Dad.* ALTESERRA Recitat. quotid. in Claudii Tryphonini Libros XXI. Disputationum (*Tolosae 1679.*) T. I. pag. 51. Westphals Pfandrecht §. 214. Not. 238. Thibaut Versuche 1. Band 6. Abh. S. 91. ff. Desselben Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts §. 38. S. 157. Not. m. Ergänzungsblätter zur allgem. Litterat. Zeitung zum J. 1785—1800. nr. 36. und besonders *Ed. Henr.* HEYDENREICH Claudius Tryphoninus de iure pignorum. P. I. Commentat. ad L. 23. D. de pign. act. praes. *Paul. Christph. Gotil.* ANDREAE def. *Vitebergae 1812.*

will *). Nur dann wird die actio pigneratitia vorzuziehen seyn, wenn das, was der Gläubiger wegen der Entwährung bezahlen mußte, die schuldige Summe übersteigt, weil diese auf die vollkommene Entschädigung des Gläubigers geht, die Condiction aber nur auf die Bezahlung der schuldigen Summe.

IV. Der Schuldner muß überdem den nothwendigen, so wie auch den mit desselben Einwilligung gemachten, oder aber ihm nicht zu lästigen nützlichen Aufwand dem Gläubiger vergüten, wenn nur in Ansehung des letztern der Gläubiger nicht gegen das Verbot des Schuldners handelte. Es ist jedoch davon schon oben bey den Rechten des Gläubigers (§. 866. S. 65. ff) ausführlicher gehandelt worden. Endlich

V. wenn der Schuldner den Besitz des Pfandes zu einem gewissen Zweck, z. B. zur Miethe oder zu einem wiederruflichen Gebrauch von dem Gläubiger erhielt, so ist er schuldig, wenn jener Zweck aufhört, das Pfand unverzüglich zurückzugeben **); und hat er das Pfand heimlich aus der

*) *L. 12. §. 1. D. de distract. pignor.*

**) *L. 22. §. 3. D. h. t.* Si post distractum pignus debitor, qui precario rogavit, vel conduxit pignus, *possessionem non restituat*, contrario iudicio tenetur Hier hatte nicht, wie Westphal §. 25. Not. 42. diese Stelle versteht, der Schuldner, sondern der Gläubiger das Pfand verkauft, welches letzter dem Schuldner zu dem hier angegebenen Gebrauche in seinen Besitz eingeräumt hatte. Mit Recht kann also der Gläubiger gegen den Schuldner auf Zurückgabe des Pfandes klagen, um es dem Käufer tradiren zu können. HOTOMAN Observation. Lib. V. c. 12. will hier statt distractum, *contractum* lesen; allein BACHOV de pignorib et hyp. Lib. III. cap. 29. nr. 9. pag. 278. hat diese Emendation mit Recht verworfen.

der Gewahrsam des Gläubigers entwendet, so macht er sich eines furti possessionis schuldig [90]).

§. 874.

Klagen aus dem Pfandcontracte.

Die aus dem Pfandcontract entspringenden Klagen sind I. die *actio pigneratitia directa*, oder die Hauptpfandcontractsklage [91]). Diese steht dem Verpfänder zu, er mag das Pfand für seine eigene oder für eine fremde Schuld gegeben haben [92]), er sey Eigenthümer der Sache oder nicht [93]). Selbst dem Diebe und Räuber wird diese Klage gestattet, weil er dem Eigenthümer dafür verantwortlich ist [94]). Daß sie auch den Erben des Verpfänders zusteht, hat keinen Zweifel [95]). Sie wird gegen den Gläubiger angestellt, welcher das Pfand vermöge des Contracts empfangen hat [96]), zuweilen auch gegen mehrere Per-

90) *§. 10. I. de obligat. quae ex delicto.* *L. 4. §. 21. D. de usurpat.*

91) S. *Leonh. Lud.* MENCKEN Observationes de actione pigneratitia. *Vitembergae 1758.* und Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 820. ff.

92) *L. 13. §. ult. D. locati.* Arg. *L. ult. §. 1. D. ad SCtum Vellejan.*

93) *L. 9. §. 4. L. 20. pr. D. h. t. L. 11. §. 2. D. de pignorib. et hypoth. L. 11. §. 7. L. 12. D. eodem.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 2.

94) *L. 22. §. 2. D. h. t.* Man sehe *Ant.* FABRI Conjectur. iur. civ. Lib. VII. cap. 19. und *Iust.* MEIERI Ευδοξων Iustinian. Dec. V. cap. 4.

95) *L. 12. Cod. de pignorib. L. 2. Cod. Si pignus pignori datum sit.*

96) *§ ult. I. Quib. modis re contrah. oblig.*

Personen, mit welchen der Contract zugleich geschlossen wurde [97]); zuweilen auch gegen einen solchen Beklagten, welcher nie Gläubiger geworden war, weil er entweder das Geld, welches er auf das Pfand zu leihen versprach, nachher gar nicht ausgezahlt hat, oder der Pfandcontract unter einer Bedingung geschlossen ward, welche nachher nicht existirte [98]). Die Klage geht a) auf Zurückgabe des Pfandes mit aller Zubehörung und Früchten [99]), weshalb auch Ablegung der Rechnung verlangt werden kann [100]), wofern nicht etwa der Gläubiger die Früchte vermöge eines dem Pfandcontract angehängten antichretischen Vertrags genossen hätte [1]). b) Auf Herausgabe des bey Gelegenheit des Pfandes erhaltenen Gewinns [*]), z. B. wenn der Gläubiger von dem, welcher ihm das Pfand diebisch entwendet hatte, das Doppelte oder Vierfache erhielt. Es muß

97) *L. 20. §. 1. D. h. t.*

98) *L. 11. §. 2. D. h. t.* Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dedero, pigneratitia actione tenebor, et nulla solutione facta. Idemque etsi accepto lata sit pecunia, vel conditio defecerit, ob quam pignus contractum est. S. BACHOV Tract. de pignor. et hypothec. Lib. V. cap. 17. pag. 446.

99) *L. 18. §. 1. D. h. t. L. 22. §. 2. D. eodem. L. 1. et tot. Tit. Cod. de partu pignoris et omni causa. L. 13. L. 29. §. 1. D. de pignor. et hypoth.* S. Pütters auserlesene Rechtsfälle 2. Band 1. Th. Nr. CXCVIII. Ded. I. §. 147. ff. Ded. II. §. 165. 169. 172. 173. Deduct. III. §. 69. 74. 80. 81. f.

100) *L. 1. L. 3. Cod. h. t.* Der Gläubiger muß jedoch nicht nur die Früchte berechnen, welche er wirklich gezogen hat, sondern auch diejenigen, welche er noch hätte ziehen können, wenn er den Fleiß eines guten Wirths angewandt hätte. L. 4. cit. MENCKEN cit. Diss. §. 8.

1) VOET h. t. §. 4.

*) *L. 21. §. ult. D. de pignor. et hyp.*

muß nur nicht etwa der Verpfänder selbst den Diebstahl begangen haben. Hier lucrirt der Gläubiger die Strafe, damit das Vergehen des Verpfänders nicht ungestraft bleibe[2]). Es tritt auch hier die Regel ein: Poenae non solent repeti, cum depensae sunt[3]). Dort muß also der Gläubiger sich den Gewinn auf seine Schuldforderung anrechnen lassen, hier nicht, wie **Ulpian** sagt *L.* 22. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare, *Papinianus* confitetur. Et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. Multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. Sed quod ipse debitor *furti actione* praestitit creditori, vel *condictione*, an debito sit imputandum videamus? *Et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum.* Et ita *Papinianus* libro 9. Quaestionum ait. Idem *Papinianus* ait, etsi metus causa servum pigneratum debitori tradiderit, quem bona fide pignori acceperat: nam si egerit, *quod metus causa factum est*, et quadruplum sit consecutus, nihil neque restituet ex eo, quod consecutus est, nec debito imputabit. Die Stelle des **Papinians**, worauf sich hier **Ulpian** beruft, steht *L.* 79. *D. de furt.* wo es heißt: Si debitor pignus subripuit, quod *actione furti* solvit, nullo modo recipit. **Ulpian** gedenkt jedoch nicht blos der actio furti, sondern auch der condictio furtiva.

2) S. *Franc.* DUARENI Comment. ad h. t. Cap. 4. *Operum* pag. 961.

3) *L.* 42. *D. de condict. indebiti.*

tiva. Diese letztere Klage ist eine condictio incerti [4]). Denn die condictio certi kommt nur dem Eigenthümer zu [5]). Beyde Klagen, die actio furti und condictio furtiva, stehen dem Pfandgläubiger zu, die Entwendung mag von einem Fremden oder von dem Schuldner selbst geschehen seyn, jedoch mit dem Unterschiede, daß in dem erstern Falle auf den Werth der Sache selbst, in dem letztern aber nur auf die Summe der Schuld gesehen wird, wenn gleich das Pfand mehr werth seyn sollte. Paulus lehrt dieses *L.* 87 *D de furtis* ausdrücklich, wo er sagt: Creditori *actio furti* in *summam pignoris*, non debiti competit. Sed ubi *debitor ipse* subtraxisset pignus, contra probatur: ut *in summam pecuniae debitae*, et *usurarum eius*, furti conveniretur. Und zwar geht die condictio furtiva nur auf das Einfache, die actio furti auf das Doppelte, oder Vierfache. Ob aber der Gläubiger auch dasjenige lucrire, was er durch die condictio furtiva incerti von dem Schuldner erhalten hat, ist unter den Auslegern sehr streitig. Schon die Glossatoren waren deshalb verschiedener Meinung. Azo trug kein Bedenken, die Frage zu bejahen. Ihm folgten Accursius und fast alle übrige. Nur Irnerius war anderer Meinung. Cujaz [6]) trat auch der erstern Meinung bey. Der Hauptgrund für diese Meinung ist, weil sich der Gläubiger, welcher von seinem Schuldner durch die actio quod metus causa das Vierfache erhalten hat, auch nicht einmal ein simplum auf die Schuld

4) *L.* 12. §. 2. *D. de condict. furt.*

5) *L.* 1. *D. eodem.* Siehe diesen Commentar 13. Th. §. 838. S. 218. ff.

6) Recitat. ad Lib. IX. Quaestionum Papiniani h. L.

Schuld braucht anrechnen zu lassen, da doch bey dieser Klage nur das Triplum eigentlich die Strafe ist [7]). Unter den neuern stimmt dieser Meinung auch Westphal [8]) bey. Man glaubt also hier einen Fall zu finden, wo der Gläubiger zweymal eben dieselbe Sache zu fordern befugt sey. Der Gläubiger erhalte nämlich zuerst seine Forderung durch die condictio furtiva, wegen der Dieberey des Schuldners; nachher aber erhalte er sie noch besonders durch die Klage aus demjenigen Rechtsgrunde, woraus die Schuld ihren Ursprung nahm. Allein gerade aus diesem Grunde widersprechen Andere, unter denen besonders Anton Faber [9]), Janus a Costa [10]), Anton Schulting [11]), und Robert Joseph Pothier [12]) hier genennt zu werden verdienen; und zwar mit Recht. Denn unstreitig ist die Condiction nur eine actio rei persecutoria, welche gegen den Schuldner auf die Bezahlung der Schuld nebst den Zinsen geht, gerade so wie die Schuldklage selbst. Denn darin besteht ja bloß das Interesse des Gläubigers *). Darf also der Gläubiger das, was er durch diese Klage erhielt, nicht auf die Schuld abrechnen; so fordert er nachher durch die Schuldklage offenbar noch einmal gerade das Nähmliche. Dies ist aber den Gesetzen schlechterdings entgegen. Nicht nur Cajus [13]) giebt

7) *L. 14. §. 9. et 10. D. Quod metus causa.*

8) Pfandrecht §. 19. Not. 35.

9) De Erroribus Pragmaticor. Decad. LXXXI. Err. 3.

10) Commentar. ad Institut. ad §. 10. I. de obligation. quae ex delicto nasc. pag. 480.

11) Thesium controversar. Decad. L. Th. 6.

12) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. X. not. c. pag. 395.

*) *L. 21. §. 3. D. de pignor. et hyp.*

13) *L. 57. D. de reg. iuris.*

giebt die allgemeine Regel: *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur;* sondern auch **Paulus** sagt ganz bestimmt *L.* 51. §. 1. *D. de re iudicata*, daß der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frey werde, wenn der Gläubiger das Interesse erhalten hat, und zwar mit Beyfügung des Grundes: *improbum esse eum, qui velit iterum consequi, quod accepit.* Wie kann also die Klage aus dem Schuldcontract noch Statt finden, wenn der Gläubiger durch die condictio furtiva das Seinige bereits vollkommen erhalten hat? oder wie **Anton Faber**[14]) ganz richtig sagt, Qui fieri potest, ut quicquam adhuc intersit eius, qui iam id omne sit consecutus, quod sua intererat? Aut ut ei, cuius nihil amplius intersit, salva nihilominus supersit actio pecuniae creditae? Tritum enim est, neque actionem neque exceptionem saltem efficacem ei dandam esse, cuius nihil interest, cum et obligationes et actiones et exceptiones ad hoc tantum comparatae sint, ut unusquisque quod sua interest, vel acquirat vel consequatur[15]). Eben deswegen redet auch **Ulpian** in der *L.* 22. *pr. cit.* wenn er lehrt, der Gläubiger brauche das nicht zu restituiren, was er von dem Schuldner wegen des von ihm begangenen Diebstahls erhalten hat, ausdrücklich nur von der actio furti. Dieser Klage, welche eine eigentliche Pönalklage ist, gedenkt auch **Papinian** namentlich nur in der Stelle[16]), worauf sich hier **Ulpian** bezogen hat, und **Modestin** giebt die Regel *L.* 74. *D. de Solution.* Id, *quod poenae nomine a debitore*

14) De Erroribus Pragmaticor. Decad. LXXXI. Err. 3.

15) *L.* 3. §. 1. *L.* 38. §. 17. *D. de verbor. obligationib.*

16) *L.* 79. *D. de furtis.*

bitore exactum est, lucro debet cedere creditoris. Wie wenig sich eine cumulative Concurrenz der condictio furtiva und der Schuldklage annehmen läßt, ist insonderheit auch daraus zu ersehen. Wenn ein Fremder das Pfand aus der Gewahrsam des Gläubigers entwendet hat, und der Gläubiger hat gegen den Dieb actione furti geklagt, so sagt Ulpian nach Papinians Ausspruche, der Gläubiger müsse das, was er von dem Diebe empfangen hat, auf die Schuld abrechnen, und das Uebrige restituiren, wenn er gleich bey dem Diebstahl selbst nicht ausser Schuld ist, und also selbst dabey ein Interesse hat, weil er dem Eigenthümer für den Werth stehen muß. Noch viel mehr aber müsse dieses von der condictio furtiva gelten. Denn was er durch die actio furti erhielt, war nichts als Strafe, allein was er durch die condictio furtiva erhält, ist seine Forderung. Diese kann er doch nicht zweymal bezahlt erhalten. Ein Grund, der so einleuchtend ist, daß Ulpian, wenn er nachher den Fall entscheidet, wo der Schuldner den Diebstahl selbst begangen hat, nicht einmal wegen der condictio furtiva weiter etwas hinzuzufügen für nöthig hielt, sondern sich blos auf die actio furti beschränkt, von welcher auch nur Papinian redete. Hieraus erklärt sich nun auch, warum dem Gläubiger das nicht angerechnet wird, was er durch die actio quod metus causa von dem Schuldner erhalten hat. Denn auch diese Klage nimmt die Eigenschaft einer Pönalklage an, wenn der Beklagte sich eines Ungehorsams schuldig macht [17]). Wenn nun gleich in dem Quadruplum, wozu der Beklagte verurtheilt werden kann, auch das Simplum steckt, so wird doch

17) §. 25. *I. de actionib.*

doch bey dieser Klage, sofern sie eine Pönalklage ist, und gegen den Pfandschuldner angestellet wird, darauf keine weitere Rücksicht genommen, weil es eine allgemeine Regel ist, welche Cajus *L. 46. D. de regulis iuris* giebt, wenn er sagt: Quod a quoquo poenae nomine exactum est, id eidem restituere nemo cogitur. Mit Recht sagt daher Janus a Costa; Manet ergo certum, creditorem reddere, aut imputare id omne, quod accepit ab extraneo, quod autem ab ipso debitore, ita demum, si egerit condictione furtiva, non si actione furti, quae poenalis est. Mit dieser Erklärung stimmen denn endlich auch die Basiliken[18]) überein, in welchen es heißt: Εἰ δὲ ὁ χρεώστης κλέψει, ἢ λάβῃ κατὰ φόβον τὸ ἐνέχυρον, ὅπερ καλῇ πίστει ὁ δανειστὴς τὴν εἰς ἐνέχυρον λαβὼν, τετραπλοῦν, ὅπερ ἂν παράσχῃ διὰ τῆς ἐπὶ κλοπῇ ἀγωγῆς, οὐκ ἀναλαμβάνει, οὔτε εἰς τὸ χρέος αὐτοῦ λογίζεται. i. e. Si vero ipse debitor subripuerit, vel metus causa pignus acceperit, quod bona fide creditor pignori acceperat, quadruplum, quod praestiterit per actionem furti, vel quod metus causa, non recipit, neque in debitum imputatur. Ob nun gleich hier die Worte: *vel condictione* nicht übersetzt sind, welche in der *L. 22. pr. D. h. t.* stehen; so ist doch deswegen noch kein hinlänglicher Grund vorhanden, solche mit Anton Faber[19]) für einen unächten Zusatz irgend eines Auslegers zu halten. Der Grund, daß die condictio furtiva von einem Nichteigenthümer nicht gegen den Eigenthümer selbst angestellt werden könne, will wenigstens nichts sagen, wie Ulrich Huber[20]) bereits

18) Tom. IV. pag. 8.

19) De Errorib. Pragmaticor. c. l. Err. 4.

20) Eunomia Rom. ad L. 22. pr. D. h. t. §. 2. pag. 543.

bereits gegen Faber gezeigt hat. Die Uebereinstimmung aller Handschriften und Ausgaben läßt uns auch an der Aechtheit jener Worte nicht zweifeln. Die actio pigneratitia directa geht ferner

c) auf den Ersatz alles mit Vorsatz oder durch eine verantwortliche Culpa verursachten Schadens (§. 867. u. 868.); nicht minder auf Leistung des Interesse, wenn der Gläubiger beym Verkaufe des Pfandes betrügerisch gehandelt hat [21]). Endlich

d) auf Herausgabe des Ueberschußes, und zwar mit Zinsen, wenn der Gläubiger solchen auf Zinsen ausgeliehen, oder in seinem Nutzen verwandt hat, oder bey der Restitution desselben säumig war [22]). Jedoch hat die Klage nicht eher Statt, als wenn das Pfandrecht des Gläubigers erloschen ist, es geschehe dieses entweder mittelbar durch gänzliche Tilgung der Schuld, oder unmittelbar durch sich selbst, wenn gleich die Schuldverbindlichkeit fortdauernd bleibt. Denn daß es Fälle giebt, wo das Pfand zurückgefordert werden kann, wenn gleich die Schuld noch gar nicht bezahlt, oder noch nicht ganz getilgt ist, ist schon oben (§. 871.) gezeigt worden. Daher giebt Ulpian die Regel *L.* 9. §. 3. *D. h. t.* Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur

21) *L. 4. C. de distract. pignor.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. et 5.

22) *L. 6. §. 1. L. 7. L. 24. §. 2. L. 42. D. h. t.* Eine dingliche Klage stehet wegen des Ueberschußes dem Schuldner nicht zu, wenn auch der Gläubiger sich davon ein Grundstück gekauft haben sollte, wie *L. 20. Cod. de distract. pignor.* verordnet. S. Westphals Pfandrecht §. 256.

tur *pigneratitia actio.* Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum; welche Bachov[23]) kürzer so ausdrückt: *Soluto vinculo pignoris, nasci et competere actionem pigneratitiam.* Hat der Verpfänder vor Bezahlung der Schuld geklagt, so ist zwar, wenn blos durch Tilgung derselben dem Pfandrechte des Gläubigers ein Ende gemacht werden konnte, die Klage noch zur Zeit unstatthaft. Allein der Fehler kann dadurch wieder gut gemacht werden, wenn der Kläger während des Prozeßes das Geld gerichtlich anbietet, und deponirt. Hier kann dennoch der Gläubiger zur Herausgabe des Pfandes und Leistung des Interesse verurtheilt werden[24]). Uebrigens setzt die actio pigneratitia directa zwar eigentlich einen Pfandcontract voraus; jedoch gestatten sie die Gesetze wegen der persönlichen Verpflichtungen des Pfandgläubigers auch in andern Fällen, wo der Gläubiger ohne jenen Contract ein Pfandrecht, und vermöge desselben den Besitz des Pfandes erlangt hat. Dahin gehört a) wenn der Gläubiger den Besitz des Pfandes mittelst der hypothekarischen Klage erhielt, und bey dem Verkauf des Pfandes eine größere Geldsumme lösete, als worauf ihm die Sache verpfändet war. Diesen Ueberschuß kann sich auch der hypothekarische Gläubiger so wenig als der Faustpfandgläubiger zueignen[25]). b) Wenn dem hypothekari-

23) Tr. de pignor. et hypoth. Lib. V. cap. 16.

24) *L. 9. §. ult. D. h. t.* Qui ante solutionem egit pigneratitia, licet non recte egit, tamen, si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam, et, quod sua interest, consequi. S. Westphals Pfandrecht §. 255. Not. 287.

25) S. BACHOV de pignorib. et hyp. Lib. V. cap. 18. pag. 450.

karischen Gläubiger bey der Ausübung des Retentionsrechts Mangel an gehöriger Aufsicht und Verwahrung des Pfandes zur Last fällt [26]). c) Wenn der Gläubiger, dem ein gesetzliches Pfandrecht an der Sache zustand, völlig befriediget worden ist. So z. B. kann derjenige, welcher ein praedium urbanum gemiethet hatte, wenn er nach völlig getilgter Miethschuld ausziehen, der Vermiether aber ihm seine Sachen, an denen dieser ein gesetzliches Pfandrecht hatte, nicht verabfolgen lassen will, gegen denselben mit der actio pigneratitia directa klagen [27]). Daß in dieser Hinsicht zwischen pignus und hypotheca kein Unterschied sey, hat **Bachov** [28]) einleuchtend gezeigt. Man pflegt jedoch die Klage in diesen Fällen eine actio pigneratitia utilis zu nennen [29]). Allein **Ulpian**, auf den man sich hier beruft, meint in der *L. 5. §. 21. D. Ut in possessionem legator.* wo er sagt: Quinimo et si amplius, quam sibi debetur, perceperit legatarius, *exemplo pigneratitiae actionis* etiam *utilis actio* ad id refundendum dari debebit; wohl eigentlich nur die *actio in factum*, welche nach *L. 9. pr. D. de rebus auct. iudicis possid.* dem Schuldner gegen den immittirten prätorischen Pfandgläubiger gestattet wird, wenn dieser aus dem Ertrag der Güter mehr Nutzen gezogen hat, als die Schuld beträgt. **Ulpian** findet

26) *L. 34. D. de damno infecto.*

27) *L. 11. §. 5. D. h. t.*

28) Cit. loco. pag. 451.

29) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 13. ERXLEBEN de iure pignor. §. 297. **Thibaut** System des Pand. Rechts 2. B. §. 662.

findet wenigstens an andern Orten [30]) kein Bedenken, die actio pigneratitia ohne alle Modification dem Schuldner in den bemerkten Fällen zu gestatten.

II. Die Gegenpfandcontractsklage (*actio pigneratitia contraria*). Diese stellt der Gläubiger oder dessen Erbe gegen den Verpfänder oder dessen Erben an, und geht auf eine dem Kläger zu leistende Schadloshaltung. Worin diese Entschädigung besteht, ist schon §. 873. bey den Verbindlichkeiten des Schuldners gezeigt worden.

§. 875.

Findet die actio pigneratitia directa gegen den Dritten Statt?

Aus Allem ergiebt sich also, daß die Klagen aus dem Pfandcontracte nur Verfolgung der Rechtsverhältnisse zwischen Schuldner und Gläubiger zum Zweck haben. Sie sind folglich ihrer Natur nach persönliche Klagen. So wenig daher 1) die actio pigneratitia directa von einem Dritten angestellet werden kann, der weder selbst den Pfandcontract mit dem Gläubiger geschlossen hat, noch des Verpfänders Erbe geworden ist, wenn er gleich dem Schuldner, um ihn aus der Noth zu helfen, seine Sache zum Verpfänden gab; eben so wenig findet auch 2) die genannte Klage gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache statt, wenn etwa der Gläubiger das Pfand weiter versetzt, oder solches gar veräussert hätte. So wie daher in dem ersten Falle der Eigenthümer sich an den Schuldner halten, und gegen diesen aus dem mit ihm geschlossenen Con-

30) *L. 11. §. 5. D. h. t.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. und Meißners vollst. Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte §. 46.

Contract, actione commodati oder actione praescriptis verbis, klagen muß; so muß in dem andern Falle der dritte Besitzer der verpfändeten Sache durch die Eigenthumsklage belangt werden. Ersteres erhellet aus *L*. 5. §. 12. *D. Commodati*, wo **Ulpian** sagt: Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repignoras, ut mihi reddas: LABEO ait, *commodati actionem* locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel *in factum*, vel *ex locato conducto* agendum erit. Hierher gehört ferner die *L*. 27. *D. h. t.* wo es heißt: Petenti mutuam pecuniam creditori, cum prae manu debitor non haberet, species auri dedit, ut pignori apud alium creditorem poneret: si iam solutione liberatas receptasque eas is, qui susceperat, tenet, exhibere iubendus est: quod si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt, voluntate domini nexae videntur: sed ut liberatae tradantur, *domino earum propria actio adversus suum creditorem competit*. Der Eigenthümer kann hier die seinem Gläubiger zum Verpfänden gegebene Sache nicht mit der actio pigneratitia directa zurückfordern. Diese Klage findet weder gegen den Gläubiger des Eigenthümers, noch gegen den Gläubiger seines Gläubigers statt, wenn dieser die Sache noch nicht zurückgegeben haben sollte, weil er mit keinem von beyden einen Pfandvertrag über die Sache geschlossen hat. Die *propria actio*, welche hier der Eigenthümer gegen seinen Gläubiger anstellen muß, ist also die *actio praescriptis verbis*, wodurch er verlangt, daß sein Gläubiger das Pfand einlöse, und ihm zurückgebe [31]). Denn er gab die

31) S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. Lib. XIX. Tit. 5. Nr. XIV. not.

die Sache seinem Gläubiger darum zu verpfänden, um sich hierdurch einen Aufschub der Zahlung zu verschaffen. Der Gebrauch, wozu die Sache gegeben wurde, war also hier kein bloßer usus gratuitus. Daher kann die actio commodati nicht wohl angestellet werden [32]). Daß aber auch die actio pigneratitia directa nicht gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache angestellt, sondern dieser mit der rei vindicatio oder einer andern passenden Klage belangt werden müsse, lehren folgende Gesetzstellen. a) *L.* 13. *pr.* D. *h. t.* Hier heißt es: Si cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum, et emtorem, ut si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam, scripsit IULIANUS, et est rescriptum, *ob hanc conventionem pigneratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem:* sed et ipse debitor aut *vindicare* rem poterit, aut *in factum actione* adversus emtorem agere. Es ist hier ein solcher Fall vorauszusetzen, wo der Verkauf des Pfandes ungültiger Weise von dem Gläubiger geschehen war, vielleicht weil der Zahlungs Termin noch nicht eingetreten war. Allein der Gläubiger hatte mit dem Käufer des Pfandes verabredet, daß wenn ihm der Schuldner das Kaufgeld wieder erstatten würde, er ihm das Pfand herausgeben solle. Wegen dieses Vertrags kann nun zwar der Schuldner mit der actio pigneratitia directa gegen den Gläubiger klagen, daß er ihm seine Rechte wegen der Zurückgabe des Pfandes gegen den Käufer desselben abtrete;

not. g. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. und Westphals Pfandrecht §. 116. Not. 138.

32) *L.* 3. *Cod. de commodato.*

te [33]); allein gegen den dritten Besitzer kann er diese Klage nicht anstellen. Gegen diesen wird dem Schuldner die Reivindication oder die actio in factum gestattet. Diese *actio in factum* ist, wie auch **Westphal** [34]) annimmt, vermuthlich die actio utilis, welche nach der Verordnung des **Antoninus Pius**, ein Mandant auch ohne Cession gegen den Dritten anstellen kann, mit welchem der Bevollmächtigte in seinem Namen gehandelt hat. Denn der Pfandgläubiger handelt bey der Veräusserung des Pfandes als ein Bevollmächtigter des Verpfänders. Der Mandatar muß aber seinem Gewaltgeber seine Rechte gegen den Dritten cediren, mit dem er, als Mandatar, contrahirt hat. Es kann jedoch auch der Prinzipal ohne Cession actione utili klagen [35]). So stimmt also die Entscheidung Ulpians mit den Rechtsgrundsätzen seines Zeitalters vollkommen überein, und man hat hier gar nicht nöthig mit **Anton Faber** [36]) einen Tribonianismus anzunehmen, wie auch schon **Gerhard Noodt** [37]) gezeigt hat. b) *L. 2. D. de pigno-*

33) Sonst kann zwar nach der Subtilität des röm. Rechts Niemand zum Vortheil eines Dritten paciſciren. *L. 73. §. ult. D. de div. reg. iur.* Allein da hier dem Gläubiger selbst daran gelegen ist, daß der Vertrag dem Dritten gehalten werde, so wird hier der Vertrag eben so angesehen, als ob ihn der Gläubiger für sich geschlossen hätte. Man sehe auch *L. 7. pr. D. de distract. pignor.*

34) Pfandrecht §. 219. Not. 243. S. 317.

35) *L. 13. §. 25. D. de act. E. Vend.*

36) De errorib. Pragmaticor. Decad. XXII. Err. q.

37) Commentar. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. *Operum* Tom. II. pag. 443. sq. §. *Effectus venditi pignoris* etc.

pignorib Fideiussor, qui pignora vel hypothecas suscepit, atque ita pecunias solvit, si mandati agat, vel cum eo agatur, exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet. *Caeterum iudicio, quod de pignore dato proponitur, conveniri non potest.* Nach dieser Stelle des **Papinians** kann der Bürge, welcher den Gläubiger befriediget, und die Pfänder übernommen hat, dennoch vom Schuldner mit der actio pigneratitia nicht belangt werden, wenn er auch durch eine Cession in die Rechte des Gläubigers eingetreten ist. Denn der Cessionar bleibt im Verhältniß zum Schuldner doch nur wie ein Fremder zu betrachten, mit dem er keinen Pfandvertrag geschlossen hat. Das zwischen ihnen statt habende Verhältniß ist also blos nach dem Mandatsvertrage zu beurtheilen [38]. c) *L.* 2. *D. Quibus mod. pignus solvit.* Si creditor Serviana actione pignus a possessore petierit, et possessor litis aestimationem obtulerit, et ab eo debitor *rem vindicet:* non aliter hoc facere concedetur, nisi prius ei debitum offerat. Der dritte Besitzer, gegen welchen der Gläubiger die Hypothek mit der actio Serviana verfolgt hatte, hatte die auf der Sache haftende Schuld bezahlt, und die Hypothek getilgt. Durch diese Befreiung des Grundstücks von der darauf gehafteten Hypothek hat er die Sache wirklich meliorirt. Dem Schuldner bleibt nun zwar unbenommen, die Sache als sein Eigenthum zu vindiciren, aber er muß dem Besitzer die Melioration vergüten, d. i. ihm die Schuld bezahlen, eben so, als ob dieser selbst der Gläubiger wäre. Ganz das Nämliche wird *L.* 28. *pr. D. h. t.* gesagt, wo es heißt: Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa eius possessione

ne

38) S. **Westphals** Pfandrecht §. 228. Not. 252.

ne Serviana actione petierit, et litis aestimationem consecutus sit; postea debitor eandem rem petens, exceptione summovetur: nisi offerat ei debitor, quod pro pro eo solutum est. Daß gegen den dritten Besitzer die Eigenthumsklage anzustellen sey, erhellet d) aus *L. 65. D. de rei vindicat.* wo **Papinian** sagt: Emtor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita, non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recuperaverit: scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit. Daß hier nicht von der actio pignoratitia, sondern von der Eigenthumsklage die Rede sey, lehrt schon der Titel, unter welchem dieses Fragment befindlich ist. Eben dieses lehrt der Zusammenhang dieser Stelle mit *L. 48. D. eodem*, welche aus eben dem *libro 2. Responsorum Papiniani*, wie *L. 65.* genommen ist. Auch hier ist der Fall, wo der dritte Besitzer, welcher ein von dem Eigenthümer verpfändetes Grundstück von einem Nichteigenthümer gekauft, den hypothekarischen Gläubiger wegen Kapitals und rückständiger Zinsen befriediget hatte. Der Verpfänder klagte gegen den Besitzer mit der Eigenthumsklage. Daß der Besitzer das Grundstück dem rechten Eigenthümer herausgeben müsse, leidet keinen Zweifel. Aber er kann auch von Rechtswegen verlangen, daß ihm von dem Eigenthümer das an den Gläubiger desselben bezahlte Geld, wodurch die auf dem Grundstück vorhanden gewesene Hypothek getilgt worden ist, wieder ersetzt werde, insofern er nicht etwa durch den Genuß der Früchte, so weit er sie als bonae fidei possessor lucrirt, dieser Gegenforderung wegen entschädi-

get worden ist [39]. In Verbindung mit den bisher erklärten Gesetzen können denn auch folgende Stellen des römischen Gesetzbuchs nicht wohl von einer andern Klage, als der Reivindication, verstanden werden; nämlich e) *L.* 2. *Cod. Si pignus pignori datum sit.* Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris iure fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit; examinata fide veri, poteris eam, soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur, intercessu Praesidis provinciae recuperare. f) *L.* 2. *Cod. Si vendito pignore agatur.* Servos, quos nullo iure a creditore venisse dicis, pater tuus, vel tu, si hereditas eius ad te pertinet, a possessoribus petere potes. Quod si usucapti sunt, petat pater tuus pretium eorum a creditore, qui non iure eos vendidit. g) *L.* 3. *Cod. eodem.* Si uxor tua Praesidi provinciae probaverit, cum aureos triginta deberet, servos suos amplioris pretii *per gratiam* aureis viginti creditorem vendidisse, eumque solvendo non fuisse: *iubebit emtores, recepto pretio, restituere servos.* Zur Erläuterung der letzten Stelle ist zu bemerken, daß wenn gleich in dem Falle, von welchem dieselbe redet, der Käufer und Verkäufer nicht ausser Gefährde waren, wie die Worte *per gratiam* anzeigen, dennoch der Verkauf des Pfandes an sich nicht ungültig war. Daher muß hier der Schuldner zuvörderst die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er die Reivindication gegen den dritten Besitzer anstellen will. Denn das Eigenthum des Pfandes ist auf den Käufer übergegan-

39) S. HUBERI Praelect. ad Pandect. Lib. VI. Tit. 1. §. 10. und Westphals Pfandrecht §. 258. Not. 290.

gangen. Hieraus erklärt sich denn auch, warum der Käufer nur dann erst in Anspruch genommen werden kann, wann der Verkäufer ausser Stande ist, den Verpfänder schadlos zu halten. Denn die Restitution in den vorigen Stand ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, welches in der Regel nur dann gestattet wird, wenn der Verletzte durch ordentliche Mittel den Schaden vollständig von sich abzuwenden nicht vermag. Daher muß hier der Verpfänder vor allen Dingen mit der actio pigneratitia directa gegen den Gläubiger auf das Interesse klagen, ehe er den Käufer belangen kann, wie auch Cujaz [40]) ganz richtig bemerkt hat. Dieser Gründe ungeachtet, sind doch viele Rechtsgelehrten [41]) anderer Meinung. Man giebt zwar zu, die actio pigneratitia directa sey eine persönliche Klage, man glaubt aber, sie sey zu denjenigen persönlichen Klagen zu zählen, welche auch gegen den dritten Besitzer Statt finden, und welche daher actiones in rem scriptae genennt zu werden pflegen. Den Beweis hiervon meint man nicht nur in den bisher angeführten Gesetzen zu finden, in welchen nämlich der Grund der Pfandcontractsklage, nämlich Bezahlung der Schuld, sehr deutlich ausgedruckt werde; sondern man beruft sich noch

L 2 inson-

40) Recitatt. solemn. in Codicem ad Tit. 29. libri VIII. *Si vendito pignore agatur.* §. Quod si iure facta sit venditio. etc. Man sehe auch Westphals Pfandrecht §. 220. Not. 244.

41) MEVIUS Decision. P. V. Decis. 342. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLV. medit. 5. BERGER Oecon. iuris. Lib. III. Tit. II. Th. 17. not. 3. WERNHER Select. Observation. for. Tom. III. P. III. Obs. 2. Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 70. MENCKEN Diss. de actione pigneratitia. §. 13. PÜTTMANN Adversar. iuris univ. Lib. II. cap. 3.

insonderheit auf eine Stelle des kanonischen Rechts, nämlich auf das *cap. 6. X. de pignorib.* wodurch vollends die Sache ausser allem Zweifel gesetzt seyn soll. Allein eine nähere Beleuchtung dieser Stelle wird uns von dem Gegentheil überzeugen. Die Stelle lautet so: Cum contra nobilem virum G. Deentem, civem Anagninum super quibusdam possessionibus, quas quondam pater tuus L. de Saul pro certa quantitate pecuniae obligaverat, et ipsius creditoris heredes praedicto G. pignoraverant, movisses in nostra praesentia quaestionem, legitime probavisti, quod ex earum proventibus tantum fuerat tam ab eodem G. quam ab aliis, quia eas tenuerant, a tempore, quo fuerant obligatae, perceptum, quod fructus sorti poterant adaequari. Nos igitur attendentes, quod in talibus perceptio fructuum in solutione sortis accedat, cum secundum canonicas sanctiones fructus restitui, et in sortem debeant computari: considerantes etiam, quod possessiones ipsae iam extenuassent penitus totum onus et debitum annullassent, *ipsas tibi restituendas esse decrevimus, et te per nuncium nostrum in possessionem induci fecimus corporalem.* Es wird nun zwar in dieser Stelle allerdings verordnet, daß nach bezahlter Schuld, und sey sie auch, wie in dem Falle, welchen hier der Pabst Innocenz III. entscheidet, durch die Früchte der Sache getilgt worden, das Pfand restituirt werden müsse, und daß der Verpfänder befugt sey, die verpfändete Sache auch von einem dritten Besitzer, an den sie der Pfandgläubiger wieder verpfändet hat, zurückzufordern. Allein das Gesetz bestimmt hier so wenig, als es in den bereits angeführten Stellen des Römischen Rechts geschehen war, die Art der

Klage,

Klage, welche gegen den dritten Besitzer der Sache anzustellen sey. Es muß also immer eine dazu geeignete Klage vorausgesetzt werden. Man wendet zwar ein, der ganze Inhalt des Textes werde jeden Unbefangenen, welcher die Worte desselben nur etwas genauer erwägt, lebhaft überzeugen, daß das Gesetz nicht von der Eigenthumsklage verstanden werden könne, sondern die Pfandcontractsklage unverkennbar darin angedeutet werde. Schon das, was der Pabst von dem hier unternommenen Beweise anführe, setze dieses ausser allem Zweifel. Denn wäre die Eigenthumsklage angestellt worden, so hätte der Kläger sein Eigenthum beweisen müssen. Hiervon werde aber in dem angeführten Text kein Wort gesagt, sondern der Kläger hatte blos dargethan, daß die Forderung seines Gläubigers durch die aus dem verpfändeten Grundstück gezogenen Früchte getilgt sey. Dieser Beweis würde bey der Reivindication unnütz und lächerlich seyn, wo der Besitzer die Sache umsonst herausgeben muß; hingegen der actio pigneratitia sey er vollkommen angemessen, indem der Kläger bey derselben darthun muß, daß der Beklagte entweder durch baare Bezahlung der Schuld, oder durch Compensation der genossenen Früchte befriediget sey. Man brauche nur die *L.* 1. *Cod. de pignerat. act.* mit dem *cap.* 6. *X. de pignorib.* zu vergleichen, um sich zu überzeugen, daß in beyden Stellen von der Pfandcontractsklage gehandelt werde. Dieß sind die Gründe, welche besonders Leyser gebraucht hat. Er glaubt überdem, daß es auch schon die Billigkeit erfordere, daß der Schuldner die verpfändete Sache nicht umsonst durch die Reivindication wieder erlange, sondern daß er vielmehr das, was er von dem Gläubiger empfangen, dem redlichen Besitzer restituire, um

sich

sich nicht mit dessen Schaden zu bereichern. Allein das ganze Leyserische Raisonnement beruhet auf einer unrichtigen Ansicht des hier von dem Pabst entschiedenen Rechtsfalles. Der Gläubiger, oder, welches hier gleichviel gilt, desselben Erben, hatten das Pfand an einen Dritten weiter verpfändet, der solches also jetzt, und zwar auch nur als Pfandgläubiger, im Besitz hatte. Wie konnte hier der Besitzer auf den Einfall gerathen, sich das Eigenthum anzumaßen, wenn der Verpfänder das Pfand vindicirte? Wie konnte hier ein Streit über das Eigenthum entstehen, welcher den Beweis desselben nothwendig gemacht hätte? Es war genug, wenn der Kläger bewies, daß der Beklagte die Sache von seinem, des Klägers, Gläubiger, als ein Pfand erhalten habe. Man sieht also, warum hier der Beweis des Eigenthums nicht zur Sprache kam. Da jedoch dem Verpfänder durchaus nicht eher ein Recht zusteht, das Pfand zurückzufordern, als wenn die Schuld, oder das Pfandrecht auf irgend eine Art getilgt ist; so kam es freylich in dem gegenwärtigen Falle nur hauptsächlich darauf an, daß der Schuldner nachwies, das Pfandrecht sey durch den Genuß der aus dem verpfändeten Grundstück erhobenen Früchte erloschen, und die Schuld damit getilgt. Natürlich mußte nun der zweyte Gläubiger condemnirt werden, die Sache dem ersten Verpfänder zu restituiren, weil dessen Pfandrecht von keiner längern Dauer, als das Pfandrecht des ersten Gläubigers, seyn konnte [42]). So überflüßig also hier der Beweis des Eigenthums gewesen wäre, da Niemand dem Kläger das Eigenthum streitig machte, so nothwendig war der hier von dem Kläger geführte Beweis, weil,

42) *L. 40. §. 2. D. de pignerat. act.*

weil, so lange die Pfandklage gegen den Gläubiger selbst nicht Statt hatte, auch die Sache nicht von dem dritten Besitzer abgefordert werden konnte. Daraus folgt nun also noch gar nicht, daß hier von der actio pigneratitia die Rede sey, da derselben überdem mit keinem Worte gedacht wird. Es widerlegt sich auch dadurch der Einwand, daß bey der Relvindication der Beweis, von welchem in unserm Text die Rede ist, unnütz und lächerlich gewesen wäre, weil der Besitzer die Sache umsonst herausgeben müsse. Zwar hat der Satz, daß die Herausgabe der Sache bey der Relvindication umsonst geschehen müsse, als Regel allerdings seine Richtigkeit; er leidet aber doch auch seine Ausnahmen, wie aus der bereits oben angeführten *L. 65. pr. D. de rei vindicat.* deutlich genug erhellet. In der That aber behauptet die angeführte Regel auch hier ihre Gültigkeit. Denn hat der erste Verpfänder seinen Gläubiger völlig befriediget, so muß der zweyte Gläubiger, an welchen jener das Pfand weiter versetzt hat, solches dem ersten unentgeldlich herausgeben, wenn ihm gleich sein Schuldner das Pfand für eine größere Schuldsumme verpfändet hätte. Dieser mag sich dann an seinen Schuldner und Verpfänder halten. Ein Retentionsrecht steht ihm deswegen gegen den ersten Verpfänder nicht zu, wenn dieser das Pfand vindicirt, wie auch schon bey einer andern Gelegenheit (§. 866. S. 59.) vorgekommen ist. Hätte der Gläubiger die Sache vermöge eines Auftrags des Schuldners weiter verpfändet, oder cedirt er dem letztern seine Klage gegen den dritten Besitzer, so versteht sich zwar von selbst, daß die actio pigneratitia gegen den Dritten Statt finde, allein juristisch ist dieses keine Ausnahme von jenem Satz, wie

wie auch Thibaut[43]) und Emminghaus[44]) ganz richtig bemerkt haben. Aus allem erhellet nun deutlich genug, wie unerheblich die Gründe sind, womit man die Zuläßigkeit der actio pigneratitia wider einen dritten Besitzer beweisen will. Die meisten Rechtsgelehrten[45]) vertheidigen daher mit Recht die entgegengesetzte Meinung.

Aus

43) System des P. R. 2. Band §. 662.

44) ad COCCEJI ius civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 15. not. p. pag. 261.

45) *Iust. Henn.* BOEHMER Iur. Eccles. Protest. Tom. I. Lib. I. Tit. 2. §. 72. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVI. §. 8. sqq. *Io. Ulr. de* CRAMER Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 375. *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 3. *Io. Henr.* BERGER Supplementa ad Electa disceptation. for. P. I. Tit. 5. §. XXXI. pag. 99. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. et 15. *Reinh.* BACHOVIUS Tr. de pignor. et hypoth. Lib. V. cap. 19. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentation. in Pand. h. t. §. 16. *Franc.* ALEF Diss. de usu actionis pigneratitiae contra tertium rei oppignoratae possessorem. In EIUS *diebus academ.* s. *Opuscul.* Heidelb. 1753. 4. Diss. XV. pag. 467. sqq. Westphal Pfandrecht §. 258. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iur. civ. pag. 735. sq. *Io. Nic.* LÜTKENS Diss. de actione pignoratitia contra tertium non competente. *Goett. 1777.* *Christ. Nic.* SCHLICHTKRULL Disput. sist. quaestionem: an actio pignoratitia directa contra tertium possessorem institui queat? *Gryphiswaldiae 1777.* *Abrab.* BRACK Diss. de actione pigneratitia contra tertium pignoris possessorem competente et non competente. *Giessae 1786.* *Car. Christ.* HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1889. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observation. pract. ad Leyserum Tom. II. Fasc. I. Observat. 342. und Christ. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. Band Betracht. XVII. S. 226. ff.

Aus den Prämissen entscheidet sich noch eine andere Frage, welche ebenfalls sehr streitig ist, nämlich wenn ehe die Pfandcontractsklage verjährt werde? Daß dazu die ordentliche Verjährungszeit nicht genüge, ist gewiß. Folgende klare Gesetzstellen lassen uns auch hieran gar nicht zweifeln.

L. 10. *Cod. h. t.* Nec creditores, nec qui his successerunt, adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita iure debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata et consignata et deposita, *longi temporis praescriptione* muniri possunt.

L. 12. *Cod. eodem.* Quominus fructuum, quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione, ac residuo debito soluto, vel si per creditorem factum fuerit, quominus solveretur, oblato et consignato et deposito, pignora, quae in eadem causa durant, restituat debitori: *nullo spatio longi temporis* defenditur.

Daraus folgt nun aber nicht, daß die actio pigneratitia directa hiermit für unverjährbar erklärt worden sey, wie viele 46) behaupten wollen. Zwar kann freylich der Pfandgläubiger durch keine Verjährung das Eigenthum der Sache, welche er als Pfand besitzt, erwerben, weil es ihm an allen Erfordernissen der acquisitiven Verjährung mangelt. *L.* 13. *pr. D. de Usurpat. et usucap.* sagt

46) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLV. medit. 9. *Io. Lud.* SCHMIDT Diss. de praescriptione actionis pigneratitiae directae, praes. *Io. Casp.* HEIMBURGIO def. *Ienae 1756.* §. 45. Aug. Siegm. Kori Theorie der Verjährung. Leipzig 1811. §. 92. u. a. m.

sagt ausdrücklich: Pignori rem acceptam usu non capimus, *quia pro alieno possidemus.* Eben dies will das deutsche Sprüchwort sagen: Versatz verjährt nicht [47]). Allein es ist hier von keiner acquisitiven, sondern blos extinctiven Verjährung die Rede. Dieser ist die actio pigneratitia directa allerdings unterworfen, weil nach der allgemeinen Vorschrift der *L.* 3. *Cod. de praescript* 30. *vel* 40. *annor.* alle Klagen, sie seyen persönliche, oder dingliche, in dreyßig Jahren durch Verjährung erlöschen sollen. Von dieser Regel haben die Gesetze in Ansehung der Pfandklage keine Ausnahme gemacht [48]). Es kommt also nur noch darauf an, von welcher Zeit an diese dreyßigjährige Präscription bey der actio pigneratitia directa ihren Anfang nehme? Dies ist nun eine Frage, worüber sehr gestritten wird. Es giebt hierüber zweyerley Meinungen unter den Rechtsgelehrten. Einige [49]) nehmen an,

47) S. Joh. Fried. Eisenharts Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. S. 321. der neuern Ausgabe. Leipzig 1792.

48) S. *Lud. God.* MADIHN ad *Menckenii* doctr. de actionib. for. Not. 558. pag. 197. und Christph. Christ. Dabelow über die Verjährung. 2. Th. §. 167. u. 168. In einem Falle dauert jedoch die actio pigneratitia directa nur zwey Jahre, nämlich wenn sie auf Einlösung eines dem Gläubiger vom Regenten zugeschlagenen Pfandes gehet. *L.* 3. §. 3. *Cod. de iure dominii impetrando.* S. Dabelow 2. Th. §. 162. S. 226. und Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 1039.

49) *Reinh.* BACHOVIUS Tr. de pignorib. et hypoth. Lib. V. cap. 20. *Arn* VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 6. *Petr. de* TOULLIEU Diss. Iuri luendi ac repetendi pignoris an praescribatur? in EIUS *Collectan. iur. civ.* Diss. III. p. 106. sqq. §. 70.

an, die Verjährbarkeit dieser Klage fange gleich von dem Augenblick an, da der Pfandcontract geschlossen worden. Ihr Hauptgrund ist, weil es eine Nachläßigkeit von Seiten des Schuldners sey, wenn er den Gläubiger nicht binnen rechtsverjährter Zeit befriedigte, und dadurch sich in den Stand setzte, seine Pfänder abfordern zu können. Diese Nachläßigkeit könne dem Schuldner nicht zu Statten kommen, weil die Verjährung zur Bestrafung der Nachläßigkeit eingeführt sey. Andere [50]) hingegen behaupten, daß die auf Zurückforderung des Pfandes zu richtende Klage erst von der Zeit an verjährbar werde, da der Schuld-

§. 70. sqq. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 19. Westphal Pfandrecht §. 259. u. a. m.

50) *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 7. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. L. Th. 9. *Sam.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 12. *Petr.* MÜLLER ad *Struvii* Syntagma iur. civ. Exerc. XIX. Th. 49. not. ξ. *Ge.* FRANTZKII Commentar. in Pand. h. t. nr. 12 et 13. *Io. Henr. de* BERGER Oecon. iuris. Lib. III. Tit. 2. Th. 17. Not. 2. *Io. Henr. Christ.* ERXLEBEN Princip. de iure pignor. et hypoth. §. 294 et 295. *God. Lud.* MENCKEN Doctr. de actionib. for. pag. 196. §. 23. *Car. Frid.* VOIGT Diss. de praescriptione actionis pignoratitiae directae, praes. *Io. Matth.* MARTINI, *Rostochii 1794.* def. MOUSSON Diss. eiusd. argum. praes. *Christ.* GMELIN def. *Tubingae 1796.* Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 53. *Ioh. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 19. not. t. Ad. Diet. Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1182. Not. 3. S. 1128. Christoph. Christ. Dabelow über die Verjährung. 2 Th. §. 167. u. 168. und Christ. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die interessant. Gegenst. der heut. Civilrechtsgelahrtheit. 1. B. Betr. 18.

Schuldner die Pfandschuld abgetragen hat. Denn die Pfandklage werde erst in dem Augenblick eine actio nata, da die Bezahlung der Schuld geschehen, und dennoch die Rückgabe des Pfandes nicht erfolgt ist. Das Recht, ein Pfand vom Gläubiger wieder einzulösen, sey also vor geschehener Zahlung ewigdaurend, und erlösche erst nach derselben binnen dreyßig Jahren. Diese letztere Meinung verdient allerdings den Vorzug. Denn es ist eine allgemeine Regel, daß die Verjährbarkeit einer Klage erst von dem Augenblick anfange, da eine rechtliche Möglichkeit zur Anstellung derselben vorhanden war. *Actioni nondum natae non currit praescriptio.* Dies ist ein Satz, der bey der Präscription aller Klagen seine Anwendung findet[51]). Nun machen es die Gesetze zur ausdrücklichen Bedingung, daß die Schuld bezahlt, oder der Gläubiger auf andere Art befriediget worden seyn müsse, wenn die actio pigneratitia mit Wirkung soll angestellt werden können. Folgende Stellen lassen hierüber keinen Zweifel übrig.

L. 9. §. 3. D. h. t. Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, *ut nascatur pigneratitia actio.*

L. 9. §. 5. D. eod. Qui ante solutionem egit pigneratitia, — *non recte egit.*

Man wendet zwar dagegen ein, daß die Bedingung, unter welcher dem Schuldner die Pfandklage zuständig ist, aus dem Grunde hier nicht in Betrachtung gezogen zu werden

51) *L. 7. §. 4. Cod. de praescript. 30. vel 40. annor. L. 1. §. ult. Cod. de annali except.* Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 149.

den verdiene, weil es ihm frey stehe, den Gläubiger in Ansehung seiner Forderung zu befriedigen, wenn er will. Der Schuldner habe es sich folglich selbst beyzumessen, wenn er das seiner Klage entgegenstehende Hinderniß nicht aus dem Wege räume, und es sey dies eine Nachläßigkeit, weswegen die actio pigneratitia eben so gut, als andere Klagen, verjährt werden könnte. Denn wenn die Erfüllung der Bedingung, unter welcher Jemandem ein Recht zusteht, blos von ihm abhängt, und er wollte sich dennoch durch seine Nachläßigkeit zum Schaden eines Andern einen Vortheil zu verschaffen suchen, so streite dieß der ganzen Rechtsanalogie entgegen. Ueberdem könnten jenen Gesetzstellen, wo gesagt wird, die actio pigneratitia sey nur erst dann nata, wenn der Gläubiger seine Befriedigung erhalten, andere, nämlich die *L.* 1. *§.* 6. *D. de obligat. et actionib.* und *§. ult. I. Quib. mod. re contrab. obligat.* entgegen gesetzt werden. Allein, bey einer genauern Prüfung, erscheinen diese Einwürfe als sehr unbedeutend. Man vermische nicht Nachläßigkeit des Schuldners in Entrichtung der Hauptschuld mit der Nachläßigkeit desselben in Zurückforderung des Pfandes. Erstere kann dem Schuldner allerdings zum Vorwurf gereichen, und ihn auch die nachtheiligen Folgen des Verzugs empfinden lassen, ohne daß deswegen die letztere nur denkbar ist. Wir wollen aber einmal annehmen, die letztere wäre von der ersten unzertrennlich, so müßte doch der Schuldner erst durch eine Interpellation, gleichviel, ob lex, oder dies, oder homo ihn interpellirt hat, in eine mora versetzt worden seyn. Erst von dieser Zeit an könnte also die actio pigneratitia als nata angesehen werden, und von einer Verjährung derselben die Rede seyn. Nimmermehr kann daher auch nach die-

dieser Ansicht die Verjährung der Pfandklage schon von der Zeit des geschlossenen Contracts ihren Anfang nehmen, wenn man nicht die offenbare Ungereimtheit will Statt finden lassen, daß der Schuldner in dem Augenblick, da er gegen den Empfang des Anlehns das Pfand gab, auch schon die Schuld hätte wieder bezahlen, und das Pfand einlösen sollen. Allein es kann auch nicht einmal die Verjährung der Pfandcontractsklage schon von der Zeit an gerechnet werden, da der Schuldner wegen Bezahlung der Hauptschuld in mora zu seyn anfieng. Denn dieser Verzug berechtigte bloß den Pfandgläubiger, deshalb auf die Bezahlung der Schuld zu dringen. Es war also bloß auf seiner Seite die actio nata; aber noch nicht die dem Schuldner zustehende Pfandklage. Denn diese kann der Schuldner schlechterdings nicht eher, als nach Entrichtung der Schuld, anstellen. So lange also diese noch existirt, kann von keiner Nachläßigkeit des Schuldners, und folglich auch von keiner Verjährung der ihm zustehenden Pfandklage die Rede seyn. Nur den Gläubiger allein trifft daher der Vorwurf der Nachläßigkeit, wenn er, nachdem der Schuldner in mora zu seyn anfieng, die ihm nun zuständige Schuldklage nicht anstellte. Nur dessen Klage ist daher, von dieser Zeit an, der Verjährung unterworffen. Die Verjährung der Pfandklage hingegen kann nach richtigen Ansichten durchaus nicht eher anfangen, als wenn die Schuld bezahlt, oder sonst der Gläubiger befriediget worden ist. Denn bis dahin befand sich der Gläubiger in keinem illegalen Zustande. Dieser fängt erst in dem Augenblick an, da nach geschehener Zahlung die schuldige Rückgabe des Pfandes nicht erfolgt. Erst von jetzt an ist daher die Pfandklage zuständig. So wenig nun die Saum-

seligkeit des Schuldners in Entrichtung der Hauptschuld auch schon eine Nachläßigkeit desselben in Anstellung der der Pfandcontractsklage in sich schließt, eben so wenig ist die Verjährung der Schuldklage mit der Präscription der Pfandklage dergestalt connex, daß die eine auch nothwendig die andere in sich schließt. Es ist daher ganz irrig, wenn einige Rechtsgelehrten [52]) behaupten, daß in dem Falle, da die Schuldklage durch Verjährung erlischt, die actio pigneratitia directa zugleich mit verjähre. Offenbar werden hier zwey ganz verschiedene Klagen mit einander vermischt. Ist die aus dem Hauptcontract entspringende Klage durch Verjährung erloschen, so wird dadurch mit Recht die Nachläßigkeit des Gläubigers bestraft. Wie kann aber diese Nachläßigkeit dem Schuldner zum Nachtheil gereichen, dem seiner Seits noch keine Nachläßigkeit in Ansehung der ihm zustehenden Pfandklage zur Last fällt? *Unicuique sua negligentia nocet, non alii* [53]). Würde nicht auf solche Art dem Gläubiger seine Nachläßigkeit vielmehr zum Vortheil gereichen, wenn er nun das Pfand behalten dürfte, das leicht mehr werth seyn kann, als die ganze Pfandschuld beträgt? Ueberdem aber steht ja dem Schuldner noch immer, wenn er auf die Restitution der verpfändeten Sache klagt, die Ausflucht entgegen, daß die Forderung noch nicht getilgt sey. Diese Einrede ist an keine Verjährung gebunden [54]). Denn durch die extinctive Verjäh-

52) *Gottlieb* STURM Diss. de praescriptione reluitionis pignorum secundum analogiam iuris civ. *Vitembergae* 1728. und *Iac.* RAVE Princip. univ. doctrinae de praescriptione §. 42.

53) *L. 173. §. 2. D. de reg. iuris.*

54) S. Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 167. S. 240 f. Anderer Meinung ist *Lud. God.* MADIHN ad *Mencken* Doctr. de actionib. for. Not. 558. pag. 197.

jährung, von welcher hier allein die Rede ist, wird nicht sowohl das Recht und die Verbindlichkeit an sich, als vielmehr nur die gerichtliche Verfolgung derselben durch Klagen ausgeschlossen; es muß folglich wegen der an sich nicht aufgehobenen Verbindlichkeit noch immer eine Einrede Statt finden [55]). Gesetze, welche unserer Behauptung entgegen stünden, wird man schwerlich finden. Am wenigsten sind es die, welche man uns entgegen zu setzen sucht. Denn in dem oben angeführten §. *ult. I. Quib. mod. re contrah. obligatio*, und der ganz gleichlautenden *L.* 1. §. 6. *D. de obligat. et action.* wird offenbar mehr nichts, als die vollkommene Verbindlichkeit des Gläubigers, die verpfändete Sache zu restituiren, ausgesprochen. Von einer Verjährung der darauf zu richtenden Klage ist gar keine Rede. Dennoch, glaubt man, streite die Rechtsanalogie unserer Behauptung entgegen. Denn wäre es richtig, daß die Pfandklage nicht schon von der Zeit des geschlossenen Pfandcontracts, sondern erst von der Zeit der Bezahlung der Schuld an binnen dreyßig Jahren verjährt werde, so dürfte man auch bey allen übrigen Klagen, welche aus Bilateral-Contracten entspringen, den Anfang der Verjährung nicht von der Zeit des geschlossenen Contracts an datiren, welches doch die Gesetze gleichwohl verordnen. Allein ganz davon abgesehen, daß bey der Pfandklage deutliche Gesetze vorhanden sind, welche den Zeitpunct genau bestimmen, da diese actio nata ist; so nimmt man hier offenbar einen Satz als ausgemacht an, dem man doch mit Grund widersprechen muß. Auch bey zweyseitigen Verpflich-

55) S. Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. S. 10.

pflichtungen kann man als Regel annehmen, daß keine Klage eher entstehe, als bis man sich zu der Leistung, wodurch das Klagerecht begründet wird, wirklich erbietet[56]). Es kann daher auch bey diesen die Verjährung der Klage nicht eher anfangen. So wenigem Zweifel jedoch die Verjährbarkeit der Pfandklage nach dem Römischen Rechte unterworffen ist, weil nach demselben der gute Glaube zur erlöschenden Verjährung nicht nothwendig erfordert wird, sondern nur insofern in Betrachtung kommt, als der Präscribens, oder der Besitzer der Sache, an welcher der Andere seine Ansprüche durch die Verjährung verlohren hat, solche aus den Händen eines Dritten mit einer dinglichen Klage zurückfordern will[57]); so verhält sich dennoch nach dem Canonischen Rechte die Sache ganz anders. Denn da nach der Vorschrift desselben zur Verjährung solcher Klagen, welche auf Restitution einer fremden Sache gehen, insofern der Besitzer zur Fortsetzung des Besitzes berechtiget werden soll, eine die ganze Verjährungszeit hindurch fortgedauerte bona fides nothwendig erfordert wird[58]); so kann nach diesem Grundsatz der Gläubiger selbst sich gegen den Schuldner nie mit der Einrede der Verjährung schützen, wenn letzter auch erst nach dreyßig Jahren von Zeit der Bezahlung der Schuld an gerechnet, auf Zurückgabe des Pfandes klagen sollte[59]).

56) S. Thibaut System des Pandectenrechts 2. Band §. 1034.

57) *L. 8. Cod. de praescript. 30. vel 40. annor.* S. Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 144. S. 178. f.

58) *Cap. 5. et 20. X. de praescript.* Dabelow a. a. O. §. 182. S. 300. f.

59) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 23. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1893.

Lib. XIV. Tit. I.

De exercitoria actione.

§. 876.

Begriff der actionum adiectitiae qualitatis.

Die persönlichen Klagen lassen sich in Rücksicht ihrer Anwendung auf zweierley Art gedenken. Sie werden entweder rein, und in ihrer unveränderten Gestalt gebraucht, so wie es ihre ursprüngliche Natur mit sich bringt, oder es wird einer genannten Klage noch ein Beysatz hinzugefügt, entweder um ihren Zweck noch näher zu bezeichnen, oder um den Grund vollständig und bestimmt anzugeben, warum der Beklagte entweder überhaupt, oder auch aus der verbindlichen Handlung eines Dritten belangt werden kann, gegen welchen sonst nach der Strenge des Rechts keine Klage Statt gefunden hätte. Solche persönliche Klagen, welche in einem gewissen Falle nicht rein und in ihrer unveränderten Gestalt gebraucht werden, sondern bey ihrer Anwendung noch einen Beysatz erhalten, um hierdurch eine Eigenschaft derselben anzuzeigen, welche in ihrem Wesen eigentlich nicht aufzufinden ist, sondern durch die Anordnung eines Gesetzes begründet wird, werden von den neuern Rechtsgelehrten *actiones adjectitiae qualitatis* genennt.

nennt [60]). Die Benennung ist blos doctrinell, wozu Paulus die Veranlassung gab, wenn er *L.* 5. §. 1. *D. de exercitoria actione* sagt: es sey keinem Zweifel unterworffen, daß wenn man mit einem magister navis ein Geschäft schließt, die aus demselben entspringende Klage allerdings noch immer gegen ihn selbst rein und unverändert, wie sie ist, erhoben werden könne, wenn gleich das Edict erlaubt, gegen den exercitor zu klagen. Dieß stehe jener Klage nicht entgegen: *hoc enim Edicto non transfertur actio, sed adjicitur*; das heißt, weil das Edict die Klage nicht dergestalt auf den exercitor überträgt, daß man nicht mehr unmittelbar gegen den eigentlichen Schuldner, den magister navis, klagen könnte. Denn das Edict modificirt nur die Klage, und giebt ihr die neue Eigenschaft, daß sie auch gegen den exercitor erhoben werden kann [61]). Die sogenannten *actiones adjectitiae qualitatis* sind also keine eigenen und Hauptklagen, sondern Benennungen einer Modification, oder eines Beysatzes, welcher einer benannten Hauptklage hinzugefügt wird, und von verschiedener Art seyn kann. Eine persönliche Klage kann nämlich zuweilen einen Beysatz erhalten, um ihren Zweck noch näher zu bezeichnen. Dies ist der Fall bey den bereits vorgekommenen

60) S. *Io. Henr.* de BERGER fontes adjectitiarum qualitatum. *Vitebergae 1682.* *Ge.* ENGELBRECHT Diss. de adjectitiis actionum qualitatibus. *Helmst. 1708.* *Nic. Guil.* DRESSEL Diss. de actionibus adjectitiarum qualitatum, earumque usu hodierno. *Ienae 1718.* Hübners Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Römischen Rechts §. 9. Nr. 6. S. 84. ff. u. Thibaut System des Pand. R. 1. Th. §. 70. a. E.

61) *Herm.* VULTEIUS Iurisprud. Rom. Lib. II. cap. 14.

Beyspielen der actio interrogatoria [62]), insofern sie wegen der geschehenen Interrogation auf ein Mehreres gerichtet werden konnte, als sonst der Beklagte hätte leisten dürfen; ferner der condictio triticiaria [63]), der condictio de eo, quod certo loco [64]), der actio in factum ex iureiurando [65]), der actio iudicati [66]) u. m. a. Zuweilen erhält eine Klage einen Beysatz, um den Grund bestimmt anzugeben, warum entweder gegen den Beklagten überhaupt die Klage Statt findet, welche sonst gegen ihn nicht Statt gefunden hätte, wie z. B. bey der actio interrogatoria der Fall seyn konnte; oder warum der Beklagte aus der verbindlichen Handlung eines Dritten belangt werden kann. Nach der Strenge des Rechts kann man eigentlich nur aus seinen eigenen Handlungen verbindlich werden [67]). Daher können Verträge Anderer mich in der Regel nicht verpflichten [68]). Selbst der Vater wird nicht aus dem Vertrage seines Sohns verbindlich, wenn er gleich noch in des erstern Gewalt ist. Denn auch selbst das Verhältniß der fingirten Personeneinheit ändert nichts in dieser Lehre des Römischen Rechts [69]). Der Prätor milderte jedoch

62) S. den 11. Th. dieses Commentars §. 745. S. 266. f.

63) S. den 13. Th. §. 843. S. 262.

64) S. den 13. Th. §. 845. S. 307.

65) S. den 12. Th. §. 798. b. S. 240. ff.

66) S. *Car. God.* WINCKLER Opusc. Tom. I. pag. 326.

67) *L. 11. D. de obligat. et action.* *L. 73. §. 4. D. de reg. iuris.*

68) *L. 27. §. 4. in fin. D. de pact.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 315.

69) *§. 10. I. de action.*

doch diese Strenge in mehreren Fällen aus Gründen der natürlichen Billigkeit, indem er aus der verbindlichen Handlung eines Dritten eine Klage gestattete. Dies geschahe in allen den Fällen, wo man aus guten Gründen die Handlung des Dritten als die eigene Handlung des Beklagten ansehen konnte. Und so kann denn nun jede Klage adjectitiae qualitatis werden, wenn sie gegen den Beklagten aus der verbindlichen Handlung eines Dritten angestellt wird, dessen Person er zwar den Rechten nach nicht vorstellt [70]), dessen Handlung aber aus einer gesetzlich gebilligten Ursache als die seinige angesehen wird [71]). Die gesetzliche Ursach, welche einer Klage die besondere Eigenschaft giebt, daß sie gegen einen Dritten angestellt werden kann, mit dem man nicht contrahirt hat, kann sehr mannichfaltig seyn. Sie kann 1) darin bestehen, daß der Dritte von dem Beklagten den Auftrag oder Befehl hatte, ein solches Geschäft zu schließen, als dasjenige ist, aus welchem er belangt wird. Daher die actio exercitoria, institoria, und quod iussu. Oder 2) darin, daß der Beklagte der Person, aus dessen Handlungen er belangt wird, ein peculium oder Waaren gegeben hat, um damit Handel zu treiben. Daher die actio de peculio, und tributoria. Oder auch 3) darin, daß der von dem Dritten geschlossene Contract erweislich zu des Beklagten Nutzen gereicht. Daher

70) Denn wenn der Beklagte des dritten Person den Rechten nach vorstellt, z. B. als Erbe, als Cessionar, so wird die aus dem Factum des Dritten entspringende Klage rein und in ihrer unveränderten Gestalt angestellt. *L. 2. §. 2. D. de verbor. obligat. L. 5. Cod. de hered. vel act. vendita.*

71) S. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 1394.

Daher die *actio de in rem verso*. Von allen diesen Klagen wird in der Folge ausführlich gehandelt werden. Zuweilen kann Jemand auch 4) sogar aus der unerlaubten Handlung eines Dritten in Anspruch genommen werden, entweder weil er aus dieser Handlung selbst unmittelbaren Vortheil gezogen hat, und also dadurch reicher geworden ist, wie dies der Fall bey der actio de peculio seyn kann [72]); oder weil der Beklagte von dem Dritten, dessen Herr er ist, überhaupt allen Nutzen zieht. Letzteres war der Fall bey den Römischen Noxalklagen, von denen schon an einem andern Orte [73]) gehandelt worden ist. Von dieser gesetzlichen Ursache oder adjectio, wie **Paulus** sagt [74]), erhält also die actio adjectitiae qualitatis ihren besondern Namen, und es wird nun der Kürze wegen der Name der aus der verbindlichen Handlung des Dritten entspringenden Hauptklage gewöhnlich weggelassen. Wenn ich also z. B. gegen den Vater klage, dessen Sohne ich zum Behuf der eigenen Angelegenheiten desselben, dem väterlichen Befehle gemäß, baar Geld geliehen habe, so ist die Klage eigentlich die actio mutui, welche jetzt den Beysatz *quod iussu* erhält. Allein man nennt sie kurz weg *actio quod iussu*. Klage ich hingegen, wie mir ebenfalls freysteht [75]), gegen den Sohn selbst, so ist die Klage die reine *actio mutui*, welche aus dem eingegangenen Geschäft entspringt. Nach dem neuern Civilrecht kann jedoch auch direct, und ohne Beysatz, in solchen Fällen gegen den Vater geklagt werden,

72) *L. 3. §. 12. D. de peculio.* **L. 58. D.** *de reg. iuris.*

73) S. den 10 Th. §. 712.

74) *L. 19. in fin. D. de in rem verso.*

75) *L. 7. D. Quod cum eo, qui in alien. potest.*

den, wo er aus den Handlungen seines Sohns verbindlich wird. Justinian lehrt uns dieß § *ult. I. Quod cum eo, qui in aliena potestate est.* wo es heißt: Illud in summa admonendi sumus, id quod *iussu patris* dominive contractum fuerit, quodque *in rem* eius versum erit, *directo quoque posse a patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset.* Ei quoque, qui *exercitoria* vel *institoria* actione tenetur, *directo posse condici placet*: quia huius quoque iussu contractum intelligitur. Hiermit stimmt auch Paulus überein, wenn er *L. 29. D. de rebus credit.* sagt: Si institorem servum dominus habuerit, posse dici *Iulianus* ait, *etiam condici ei posse*: quasi iussu eius contrahatur, a quo praepositus sit. Arnold Vinnius [76]) behauptet mit Recht, daß dieses durch die Auctorität der Römischen Rechtsgelehrten sey eingeführt worden. Er zieht hieraus die Folge, daß nun die actiones adjectitiae qualitatis für uns keinen Gebrauch mehr hätten. Allein hierin getraue ich mir nicht ihm beyzutreten. Denn die Gesetze reden ja offenbar nur von dem Falle, wenn das Geschäft, aus welchem der Beklagte belangt wird, mit einer solchen Person geschlossen worden ist, welche unter desselben Gewalt steht, wo dann die Einheit der Person allerdings in Betrachtung kommt, wie auch Merill [77]) und Barklai [78]) ganz richtig bemerkt haben. Ulpian führt auch diesen Grund selbst an, wenn er *L. 19.*

§. 3.

76) Commentar. ad §. ult. I. Quod cum eo.

77) Commentar. ad Tit. Pand. de reb. credit. ad L. 29. h. Tit. in *Thes. Otton.* T. III. pag. 682.

78) Commentar. ad L. 29. D. de reb. credit. in *Thes. Otton.* T. III. pag. 882.

§. 3. *D. de iudic.* sagt: Quod cum servo contractum est, ita habendum, *atque si cum domino contractum sit.* Wo also dieser Grund wegfällt, kann nur mit der actio adjectitiae qualitatis oder *actione utili ad exemplum institoriae actionis* geklagt werden, wie auch die Römischen Rechtsgelehrten selbst an andern Orten deutlich lehren [79]). Einige [80]) wollen zwar unter der Condiction, welche direct gegen den Vater oder Herrn angestellt werden kann, die generelle condictio certi verstehen, mit welcher hier die actio adjectitiae qualitatis concurrire. Allein diese Meinung ist schon von andern [81]) widerlegt worden.

§. 877.

Actio exercitoria. Exercitor. Magister navis.

Es ist nun zuerst von denjenigen actionibus adjectitiae qualitatis zu handeln, welche die Beförderung des gemeinen Handels und Credits zum Zweck haben. Zu diesen gehört I. die *actio exercitoria*, welche der Prätor gegen einen Schiffsrheder (exercitor navis) giebt, wenn man mit desselben Schiffsverwalter (magister navis) ein das Schiffsgewerbe betreffendes Geschäft der dem letztern ertheilten Schiffsordre gemäß geschlossen hat. Sie wird auf Leistung dessen gerichtet, was man aus dem Contract

79) *L. 31. D. de negot. gest. L. 19. D. de institor. act. L. 13. §. 25. D. de act. emti vend. L. 5. D. de stipulat. praetor.*

80) Nach Cujaz behauptet dieß besonders POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. Lib. XIV. Tit. 3. Nr. III. not. b.

81) S. BACHOV Tract. de actionib. Disput. VIII. Th. 15.

tract zu fordern hat [82]). Wer nämlich ein eignes oder ganz von ihm zum Gebrauch übernommenes fremdes Schiff zu Geschäften auf seine Rechnung hält, und davon die Einkünfte zieht, heißt *exercitor*, Schiffsrheder, Schiffspatron, und wenn mehrere das Schiff gemeinschaftlich ausgerüstet haben, so werden sie Schiffsfreunde oder Mitrheder genennt. Derjenige hingegen, dem die, auf das Schiff, oder dessen Ladung sich beziehenden, nicht in bloßer Schiffsarbeit bestehenden Geschäfte übertragen sind, wird *magister navis*, Schiffsmeister, oder Setzschiffer, oder Schiffsfactor genennt. *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* sagt: *Magistrum navis* accipere debemus, cui totius navis cura mandata est. — §. 3. *Magistri* autem imponuntur locandis navibus, vel ad merces, vel vectoribus conducendis, armamentisve emendis: sed etiam si mercibus emendis vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exercitorem. — §. 2. Sed si *cum quolibet nautarum*, (z. B. dem Steuermann, oder einem Botsmann, oder Ruderknecht) sit contractum, non datur actio in exercitorem. §. 15. *Exercitorem* autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem *per aver-*

82) Von dieser Klage handeln *Franc.* DUARENUS in Comment. ad hunc Tit. *Oper.* pag. 967. sqq. *Franc.* STYPMANN in iur. maritimo. Cap. XV. *Io.* LOCCENIUS iur. maritim. Cap. VII. beyde in *Io. Gottl.* HEINECCII *Scriptorib. iuris nautici* pag. 531. sqq. et pag. 1029. sqq. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de exercitoria actione. *Nic. Wilh.* DRESSEL de actionib. adject. qualitat. Cap. 3. *Alb. Phil.* FRICK Diss. de actione exercitoria. *Helmst. 1793.* und Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 1404 — 1408.

aversionem conduxit [83]), vel ad tempus vel in perpetuum. Hat der magister einen Andern substituirt, welches ihm erlaubt ist, so heißt dieser *promagister*. Daher sagt Ulpian *L. 1. §. 5. D h. t. Magistrum* autem accipimus, non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: et hoc consultus *Iulianus* in ignorante exercitore respondit. Caeterum si scit, et passus est, eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur.

§. 878.

Grund der Verbindlichkeit des Exercitors. Lex praepositionis.

Jeder magister navis erhält eine Vorschrift, oder Anweisung über die Art und Weise der ihm anvertrauten Geschäfts-

83) Was die Redensart: *navem per aversionem conducere* eigentlich ausdrücken soll, darüber sind die Ausleger nicht einig. Man vergleiche ALCIATUS Parergor. Lib. VI. c. 28. CHARONDAS Verisimil. Lib. III. cap. 5. GOVEANUS Variar. Lection. Lib. II. cap. 14. AUGUSTINUS Emendation. Lib. III. cap. 6. BRISSONIUS de Verbor. Significat. v. Aversio. MERILLIUS Observat. Lib. VI. c. 25. DUCKER Opusc. de Latinitate ICtor. veter. pag. 437. Gewöhnlich erklärt man jenen Ausdruck so, wenn man ein Schiff nicht theilweise, sondern ganz, und ohne Rücksicht auf eine bestimmte Zahl von Lasten (non ad certum amphorarum numerum. *L. ult. D. ad Leg. Rhod.*) gemiethet hat. S. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disputat. XXVIII. Th. 2. Allein es kann auch bey einer conductio per aversiosionem eine gewisse Zahl von Lasten bedungen seyn, womit das Schiff befrachtet werden kann. Es wird also darunter vielmehr ein solches Miethen des Schiffs verstanden, da man das ganze Schiff zu eigenem beliebigen Gebrauche dergestalt gemiethet hat, daß man für seine Rechnung alle Einkünfte zieht. S. FRICK cit. Diss. §. 3.

Geschäftsführung. Diese wird *lex praepositionis*, Schiffsconcert, oder Schiffsordre genennt. Vermöge derselben ist er befugt, alle zur Vollführung des ihm übertragenen Geschäfts erforderlichen Verträge zu schliessen. Hat er nun den Gränzen seiner Instruction gemäß gehandelt, so wird der Exercitor aus allen Verträgen desselben dem Dritten, welcher mit dem magister contrahirt hat, vollkommen verpflichtet. Der Grund dieser Verpflichtung ist also der, weil er den magister angestellet, und zur Schliessung dieser Geschäfte authorisirt hat Denn durch die Anstellung eines magistri giebt der exercitor jedem das stillschweigende Versprechen, alle die Handlungen seines Schiffsverwalters, die er als solcher unternimmt, eben so gelten zu lassen, als wenn sie von ihm selbst geschehen wären [84]). Sie müssen nur aber das Schiffsgewerbe betreffen, und zwar in den ihm angewiesenen Geschäftskreis wirklich einschlagen, sonst macht kein magister seinen Principal verbindlich. Es gehören besonders folgende Gesetzstellen hierher:

L. 1. *pr. D. h. t.* Utilitatem huius Edicti patere, nemo est, qui ignoret. Nam cum interdum ignari, cuius sint conditionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit, eum, qui magistrum navi imposuit, teneri.

§. 2.

84) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 4. et 7. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. T. II. *Oper.* pag. 329. *Herm.* VULTEIUS Comm. ad Institut. Tit. Quod cum eo. §. 2. nr. 6. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 871.

§. 2. Qui magiſtrum praeponit, *contrahi cum eo permittit.*

§. 5. Omnia igitur facta magiſtri debet praeſtare, *qui eum praepoſuit:* alioquin contrahentes decipientur.

§. 7. Non autem ex omni cauſa Praetor dat in exercitorem actionem, ſed *eius rei nomine, cuius ibi praepoſitus fuerit*: id eſt, ſi in eam rem praepoſitus ſit, utputa, ſi ad onus vehendum locatum ſit; aut aliquas res emerit utiles naviganti, vel ſi quid reficiendae navis cauſa contractum vel impenſum eſt, vel ſi quid nautae operarum nomine petent.

§. 12. Igitur praepoſitio certam legem dat contrahentibus. Quare ſi eum praepoſuit navi ad hoc ſoſum, ut vecturas exigat, non ut locet, quod forte ipſe locaverat, non tenebitur exercitor, ſi magiſter locaverit: vel ſi ad locandum tantum, non ad exigendum, item erit dicendum: aut ſi ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem praeſtet, vel contra, *modum egreſſus, non obligabit exercitorem.*

Sehr beſtimmt giebt auch der griechiſche Paraphraſt Theophilus [85]) den Grund der Verbindlichkeit des Exercitors an, wenn er ſagt: Ipſa aequitatis ratio adverſus praeponentem dat actionem exercitoriam: qui enim aliquem praeponit, clara voce dicere videtur: *Hunc ego praepoſui; qui volet, cum eo contrahito.*

§. 879.

86) *Paraphr. graec. Inſt. Lib. IV. Tit. 7. §. 2. in fine:* — ὁ γὰρ προϊστῶν τινα, δοκεῖ λαμπρᾷ λέγειν τῇ φωνῇ, ὅτι ἐγὼ τοῦτον προέστησα· ὁ βουλόμενος αὐτῷ συναλλαττέτω.

§. 879.

Persönliche Verhältnisse des magistri. Wie wenn mehrere dem Schiffe vorgesetzt sind? Wie haften mehrere Exercitoren?

Auf die persönlichen Verhältnisse des magister navis kommt gar nichts an. Er kann daher ein freyer oder unfreyer Mensch, eine Manns- oder Frauensperson, ein Großjähriger oder Minderjähriger, in der väterlichen Gewalt des Exercitors, oder ein homo sui iuris seyn [86]). Leidet der exercitor durch dessen Handlungen Schaden, so hat er es sich bloß allein beyzumessen, daß er kein tauglicheres Subject gewählt hat. Ulpian sagt ausdrücklich *L.* 1. §. 4. *D. h. t.* Cuius autem conditionis sit magister iste, nihil interest: utrum liber, an servus; et utrum exercitoris, an alienus: sed nec, *cuius aetatis sit*, intererit, *sibi imputaturo, qui praeposuit.* Denn nicht sowohl die Handlung des magister selbst, als vielmehr die Handlung der Präposition ist es, was den Exercitor verbindlich macht. Sind mehrere magistri demselben Schiff vorgesetzt, so kommt es darauf an, ob sie ihr Amt getheilt oder ungetheilt verwalten. In dem ersten Falle wird der exercitor anders nicht verpflichtet, als wenn jeder der Schiffsverwalter den Gränzen seines Mandats gemäß gehandelt hat. Wer also in diesem Falle mit einem magister contrahirt, muß sich genau erkundigen, wie weit desselben Instruction geht. In dem letztern Falle hingegen ist es in der Regel gleich viel, mit welchem magister man das Geschäft schließt, wenn nur dasselbe das Schiffsgewer-

86) S. *Arn.* VINNIUS in Comm. ad §. 2. I. Quod cum eo, qui in aliena potest. STYPMANN Ius maritim. Cap. XV. nr. 115. sqq. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5.

gewerbe betrift. Ein anders wäre, wenn sie nach der ihnen ertheilten Ordre nicht allein, sondern gemeinschaftlich contrahiren sollten. Was hier dann einer ohne den Andern unternimmt, verbindet den exercitor nicht. So lehrt Ulpian *L.* 1. §. 13. *et* 14. *D. h. t.* Si plures sint magistri, non divisis officiis, quodcunque cum uno gestum erit, obligabit exercitorem: si divisis, ut alter locando, alter exigendo, pro cuiusque officio obligabitur exercitor. Sed et si sic praeposuit, ut plerumque faciunt, *ne alter sine altero quid gerat*, qui contraxit cum uno, sibi imputabit. Hat der magister sich einen Andern substituirt, weil er selbst gehindert war, seinen Geschäften vorzustehen; so wird der exercitor auch aus dessen Handlungen verbindlich, eben so als wenn der Substituirende selbst gehandelt hätte; und dies findet zum Besten der Schifffarth auch sogar alsdann statt, wenn es dem magister ausdrücklich wäre verboten worden, einen Andern zu substituiren [87]). Aus eben dem Grunde des gemeinen Nutzens ist auch verordnet, daß mehrere exercitores aus den Handlungen ihres gemeinschaftlichen Factors in solidum verpflichtet seyn sollen [88]). Es kommt denn auch nicht darauf an, welchen Antheil ein jeder derselben an dem Schiffe selbst hat. Derjenige, welcher jedoch das Ganze dem Kläger bezahlt hat, kann gegen die übrigen mit der actio pro socio seinen Regreß nehmen [89]). Viele wollen jedoch jetzt den Exercitoren die Wohlthat der Thei-

87) *L.* 1. *§.* 5. *D. h. t.*

88) *L.* 1. *§. ult. D. eodem. L.* 4. *§.* 1. *et* 2. *D. eodem.*

89) *L.* 3. *D. h. t.*

Theilung gestatten [90]). Allein der Absicht der Gesetze ist dieses nicht gemäß, welche nach *L.* 2. *D. h. t.* ausdrücklich dahin geht: ne in plures adversarios destringatur, qui cum uno contraxerit [91]). Treiben die mehreren Schiffsfreunde das Schiffsgewerbe selbst, ohne einen Schiffsverwalter zu halten, und sie contrahiren mit einem Dritten, so ist jeder nur zu seinem Antheil verbunden, den er an dem Schiffsgewerbe hat, und sie sind dann mit der aus dem geschlossenen Geschäft entspringenden Klage zu belangen [92]). Auch gegen die Erben des verstorbenen Schiffsrheders kann die Klage nur auf ihren Antheil gerichtet werden [93]); es sey denn, daß gegen sie aus einem erst nach der Antretung der Erbschaft von dem Magister geschlossenen Geschäft geklagt wird [94]).

§. 880.

90) S. G. BARTH Diss. de magistro navis. Cap. II. §. 15. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 4. Thibaut System des Pandecten R. 2. B. §. 872.

91) S. *Franc.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 2. *Oper.* pag. 970. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. HUBER Eunomia Rom. ad L. 1. §. ult. D. h. t. p. 551. sq. LAUTERBACH Colleg. th pr. Pand. h. t. §. 9. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exerc. XX. Th. 12. not. α. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 16. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. FRICK Diss. cit. §. 7. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1149. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1801.

92) *L. 4. pr. D. h. t.* S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exerc. XX. Th. 12. not. γ.

93) *L. 14. D. de institor. act. L. 6. Cod. familiae ercisc.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 4.

94) Arg. *L. 17. §. 2.* verglichen mit *L. 3. §. 3. D. Commod.* Thibaut Syst. des P. R. 2. Th. §. 872. a. E.

§. 880.

Wenn findet die actio exercitoria nicht Statt? In wie fern wird der Exercitor aus unerlaubten Handlungen seines magistri verbindlich?

Die actio exercitoria fällt weg, I) wenn Jemand nicht mit einem Schiffsfactor, sondern mit andern Schiffsleuten [95]), oder II) nicht mit dem rechten magister contrahirt hat [96]); oder zwar III) mit dem rechten Schiffsverwalter, aber ein solches Geschäft geschlossen hat, welches nicht zum Umfang seiner Geschäfte gehörte [97]). In diesen Fällen wird der exercitor anders nicht verbindlich, als wenn er entweder das Geschäft genehmigt [98]), oder es durch seine Schuld unmöglich gemacht hat, daß der dritte Contrahent die Rechte des Schiffsverwalters nach ihrem Umfange wissen konnte, um sich bey Schließung des Vertrags auf nichts mehr einzulassen, als was der Instruction desselben gemäß war [99]). Denn rechtliche und politische Gründe machen es dem exercitor zur Pflicht, daß er nicht nur öffentlich bekannt mache, wem er die Verwaltung seines Schiffs anvertrauet habe, sondern auch auf den Fall, da er den angestellten Schiffsverwalter nicht alle die Rechte ausüben lassen will, die in der Natur des Schiffsgewerbes liegen, die ihm gegebene Ordre bekannt mache [100]). IV) Auch

95) *L. 1. §. 2. D. h. t.*

96) *L. 1. §. 13. D. h. t.*

97) *L. 1. §. 12. D. eodem.*

98) *L. 60. D. de div. reg. iuris.*

99) S. *Franc.* STYPMANN Ius maritim. Cap. XV. nr. 135. et 136. LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 6.

100) *L. 11. §. 2. 3. 4. et 5. D. de instit. act.*

Auch wegen unerlaubter Handlungen des magister ist die actio exercitoria nicht begründet, ausser insofern er sie bey Ausübung seines Amts beging [1]). Denn der exercitor hat es sich hier selbst beyzumessen, daß er einem untreuen Menschen das Schiff anvertraute. Zwar ist der exercitor aus den unerlaubten Handlungen seiner Leute unbedingt verantwortlich, wenn dadurch Jemanden in dem Schiffe Schaden geschehen ist [2]); allein dann haftet er nicht mit der actio exercitoria, sondern aus dem Edict de nautis, cauponibus et stabulariis [3]), wovon an einem andern Ort [4]) gehandelt worden ist. Endlich V) wenn der magister navis Geld geborgt hat, so kommt es darauf an, ob er desselben zum Behuf der Schiffsangelegenheiten bedurfte, und auch ausdrücklich dazu aufgenommen hat, oder nicht. In dem letztern Falle hat der Gläubiger keine Kla-

ge

1) *L. 1. §. 10. D. h. t. L. 5. §. 8. L. 11. §. 4. D. de instit. act. L. 5. §. 3. D. de doli mali et met. except.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLIX. Cor. 1. Thibaut System 2. B. §. 871.

2) *L. 1. §. 2. D. h. t.* Si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem: *quamquam ex delicto cuiusvis eorum, qui navis navigandae causa in nave sunt, detur actio in exercitorem.* Alia enim est contrahendi causa, alia delinquendi: siquidem, qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit: qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit, *sed culpa et dolo carere eos curare debet.* Add. *L. 5. §. 6. D. de obligat. et act.*

3) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. Anderer Meinung sind *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XIV. Tit. 3. Qu. 4. und LAUTERBACH in colleg. th. pr. Pand. Lib. XXXIX. Tit. 4. §. 31.

4) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 845 ff.

ge gegen den Exercitor, sondern er muß sich blos an seinen Schuldner halten. In dem ersten Falle hingegen ist die actio exercitoria begründet, wenn auch das Geld nicht zweckmäßig wäre verwendet worden. Denn darum braucht sich der Gläubiger nicht zu bekümmern [5]. Es muß nur 1) das Geld namentlich zur Beförderung einer solchen Angelegenheit dargeliehen seyn, welche zum Umfange seiner Geschäfte gehörte, z. B. zur Reparatur des Schiffs, oder zur Anschaffung der Lebensmittel für das Schiffsvolk. 2) Die Anleihe muß nöthig gewesen; und dann 3) dem magister nicht mehr Geld vorgeschossen worden seyn, als zur Bestreitung des nachgewiesenen Bedürfnisses wirklich erforderlich war [6]. Damit sich aber auch der Gläubiger von dem allen selbst gehörig überzeugen könne, so muß 4) der Vorschuß an dem Orte geschehen, wo die Verwendung geschehen soll. Folgende Stellen sind hier sehr merkwürdig.

L. 1. §. 8. *et* 9. *D. h. t.* Quid, si mutuam pecuniam sumserit? an eius rei nomine videatur gestum? Et PEGASUS existimat, si ad usum eius rei, in quam praepositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem: quam sententiam puto veram. Quid enim, si ad armandam instruendamve navem, vel nautas exhibendos

5) S. LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 6. und HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 1801. not. a.

6) Diese Erfordernisse gehören zur Begründung der Klage, und müssen daher von dem Gläubiger bewiesen werden. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLIX. medit. 3. et 4. Kann der Gläubiger jenen Beweis nicht führen, so bleibt ihm blos die actio de in rem verso übrig. S. LEYSER c. l. cor. 3.

dos mutuatus eſt? Unde quaerit OFILIUS, ſi ad reficiendam navem mutuatus, nummos in ſuos uſus converterit, an in exercitorem detur actio? Et ait, ſi hac lege accepit, quaſi in navem impenſurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem, imputaturum ſibi, cur talem praepoſuerit. Quodſi ab initio conſilium cepit fraudandi creditoris, et hoc ſpecialiter non expreſſerit, *quod ad navis cauſam accipit*, contra eſſe. Quam diſtinctionem PEDIUS probat.

L. 7. *D. eodem.* Lucius Titius Stichum magiſtrum navis praepoſuit, is pecuniam mutuatus, cavit, *ſe in refectionem navis eam accepiſſe.* Quaeſitum eſt, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam ſi creditor probaret, pecuniam in refectionem navis eſſe conſumtam? Reſpondit, creditorem utiliter acturum, ſi, cum pecunia crederetur, navis in ea cauſa fuiſſet, ut refici deberet. Etenim ut non oportet creditorem ad hoc adſtringi, ut ipſe reficiendae navis curam ſuſcipiat, et negotium domini gerat, (quod certe futurum ſit, ſi neceſſe habeat probare, pecuniam in refectionem erogatam eſſe); ita illud exigendum, ut ſciat, in hoc ſe credere, cui rei magiſter quis ſit praepoſitus: quod certe aliter fieri non poteſt, quam ſi illud quoque ſcierit, neceſſariam refectioni pecuniam eſſe. Quare etſi in ea cauſa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen maior pecunia credita fuerit, quam ad eam rem eſſet neceſſaria, non debere *in ſolidum* adverſus dominum navis actionem dari. §. 1. Interdum etiam illud aeſtimandum, an in eo loco pecunia credita ſit, in quo id, propter quod credebatur, comparari

potuerit: quid enim, inquit, si ad velum emendum in eiusmodi insula pecuniam quis crediderit, in qua omnino velum comparari non potest? Et in summa aliquam diligentiam in ea creditorem debere praestare [7]).

§. 881.

In wiefern kann der magister selbst belangt werden?

So lange der magister in seinem Amte bleibt, hat der Gläubiger die Wahl, ob er gegen den Exercitor mit der actio exercitoria, oder gegen den magister mit der actio ex contractu klagen will [8]). Er kann jedoch gegen den letztern, wegen der von ihm als Bevollmächtigten geschlossenen Verträge, natürlich nicht als gegen einen Selbstschuldner, sondern nur dahin klagen, daß er ihm von dem exercitor seine Bezahlung verschaffe [9]). Nach niedergelegtem Amte hingegen hat eigentlich gar keine Klage gegen ihn weiter statt, wofern er sich nicht etwa für seine Person durch Uebernahme einer Bürgschaft für seinen gewesenen Principal, oder durch Handeln in eigenem Namen, oder durch Ueberschreitung seines Auftrags, oder durch

7) Man vergleiche über diese Gesetzstellen besonders *Ulr.* HUBERI Eunomia Rom. pag. 550. et 553. sq. *Ant.* FABER hat hier, wie gewöhnlich, in Rational. in Pand. ad L. 1. §. 9. D. h. t. manche Tribonianismen zu entdecken vermeint.

8) *L. 1. §. 17. D. h. t.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 18.

9) *L. 6. §. 1. D. de negot. gest. L. 43. §. 1. D. de admin. tutor. L. 15. Cod. eodem. L. 4. pr. D. de re iudic.* S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIV. Tit 3. §. 13. et 14. WALCH Controv. iur. civ. p. 679. §. 16. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 9. und Thibaut System des P. R. 2. Band §. 873.

durch Begehung einer unerlaubten Handlung verpflichtete [10]).

§. 882.

In wiefern steht dem exercitor aus dem geschlossenen Contract seines Schiffsverwalters gegen den Dritten eine Klage zu?

Noch ist die Frage zu erörtern übrig, ob nicht auch umgekehrt der exercitor aus dem von seinem magister geschlossenen Contract gegen den Dritten klagen könne, mit welchem das Geschäft geschlossen worden ist? Nach dem römischen Recht ist zu unterscheiden, ob der magister in der Gewalt des Exercitors ist, oder nicht. In dem erstern Falle kann der exercitor aus dem von seinem magister geschlossenen Contract actione directa klagen [11]). In dem letztern Falle hingegen kommt ihm gegen den Dritten nach der Strenge des Rechts eigentlich keine Klage zu, sondern er muß entweder actione locati, oder actione mandati gegen den magister klagen, je nachdem derselbe entweder für seine Dienstleistung einen Lohn erhält oder nicht [12]). Nur im Nothfalle, da er vom magister keine Befriedigung erhalten kann, gestatten ihm die Gesetze eine actio

10) *L. ult. D. de institor. act.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. et 7. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. c. l. Thibaut Syst. a. a. O.

11) *Princip. I. per quas personas nobis obligatio acquirit.* §. 1. *I. de stipulat. servor.* *L. 38. §. 17. D. de verb. obligat.* *L. 1. D. de instit. act.* S. *Franc.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. Cap. 2. in fin. pag. 970. *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Exercitat. XX. Th. 15. not. α.

12) *L. 1. §. 18. D. h. t.*

actio utilis ex contractu [13]). Will er ausserdem klagen, so muß er sich die Klage von seinem magister cediren lassen [14]). Allein heut zu Tage kann der exercitor immer geradezu und unbedingt gegen den Dritten klagen, der mit dem magister contrahirt hat, weil die Ansichten des röm. Rechts, worauf die in den Gesetzen desselben vorgezeichneten Umwege sich gründen, in den deutschen Gerichten keinen Eingang gefunden haben [15]); und besonders nach heutigen Rechten Jemand auch durch einen Dritten ein Recht erwerben kann, ohne daß es deshalb weder einer förmlichen Cession, noch der Anwendung einer sogenannten nützlichen Klage bedarf [16]).

13) *L. 1. in fin. L. 2. D. de instit. act.* MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. β. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. 10. §. 6. Nicht actio utilis exercitoria, wie LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. will.

14) S. Thibaut System 2. Band §. 874.

15) Man sehe hier vorzüglich STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 19. und WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 10.

16) S. Webers syst. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 89. a. S. 376.

Lib. XIV. Tit. II.

De lege Rhodia de iactu.

§. 883.

Geschichte und Inhalt der Lex Rhodia.

Im mittelländischen Meere, südwestlich gegen Asien, erhebt sich eine von den Cykladischen, oder eigentlich Sporadischen Inseln, berühmt durch ihren Kolossus, durch ihre Künste, ihr Seewesen und Handlung [17]); aber noch berühmter durch das von ihr benannte Rhodische Gesetz, welches die Streitigkeiten des Seewesens entschied, und sich von jeher durch Billigkeit dergestalt empfohlen hatte, daß es, als denkmal der Weisheit, in das Gesetzbuch jeder zur See handelnden Nation des Alterthums überging [18]). Mit den Bewohnern dieser Insel hatten auch

17) S. MEURSII Rhodus. STRABO *Rer. Geograph.* Lib. XIV. cap. 14. PLINIUS *Histor. nat.* Lib. XXXIV. cap. 7. CICERO Orat. *pro Lege Manilia.* cap. 18. §

18) S. *Franc.* DUARENI Commentar. ad h. Tit. Pandectar. in *Operib.* pag. 971. *Iac.* GOTHOFREDUS de imperio maris, et de iure naufragii colligendi, Legeque Rhodia. *Genevae 1654.* rec. *Helmstadii 1732.* 4. *Franc.* BALDUINI Commentar. ad Leg. Rhod. *Basiliae 1559.* rec. in *Commentariis ad Leges de iure civili.* cum praefat. *Nic. Hier.* GUNDLINGII. *Halae 1730.* 8. pag 137. sqq. *Franc.* RAMOS *del* MANZANO Analecta ad L.

auch die Römer ein Freundschaftsbündniß errichtet. Daher nennt Gellius [19]) die civitas Rhodiensis eine amica et socia populi Romani, und nach den Zeugnissen des Cicero, Suetons, Plutarchs und Appians besuchte man nicht nur von Rom aus die Schulen zu Rhodus eben so häufig, wie die zu Athen [20]); sondern mit Hülfe der Rhodischen Seemacht hatten auch die Römer mehrere

L. Rhodiam. *Madrid 1673.* 4. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de aequitate et extensione Legis Rhodiae. *Tüb. 1671.* *Nic. Christph.* LYNCKER Diss. de Lege Rhodia de iactu. *Ienae 1679.* *Io.* STRAUCH Diss. ad L. 9. D. de L. Rhod. de iactu. in *Opuscul.* a *Car. Gottl.* KNORRIO edit. *Halae 1729.* P. II. pag. 310. sqq. *Arn.* VINNIUS ad *Peckium* de re nautica, leges navales et ius navale Rhodiorum. *Amst. 1668.* *Hub. van der* HOOP Diss. ad Leg. Rhodiam de iactu. *Lugd. Batav. 1711.* *Corn. van* BYNKERSHOEK ad Legem Ἀξίωσις de Lege Rhodia de iactu liber singul. *Hagae 1702.* et in *Opusc.* cura *Conradi* edit. *Pet. van der* SCHELLING Diatr. de Lege Rhodia de iactu. *Lugd. Batav. 1722.* 8. *Hieron. Matth.* BARELS Diss. de Lege Rhod. de iactu. *Lugd. Bat. 1756.* 4. *Theod. Ioh.* PLEVIER Diss. ad Leg. Rhodiam de iactu. *Lugd. Bat. 1784.* 4. *Franc.* WOLFF Disp. ad eand. Leg. *Ibidem 1785.* 4. SCHOMBERG Treatise on the maritime Laws of Rhodes. *Oxford 1786.* 8. Joh. Andr. Engelbrecht Corpus iuris nautici, oder Sammlung aller Seerechte der bekannten handelnden Nationen alter und neuer Zeiten. 1. Band. Lübeck 1790. Nr. I. und *Iul. Frid.* MALBLANC Diss ad L. 2. D. de Lege Rhodia de iactu, cum observationibus quibusdam de proportione progressiva in distribuendis damnis bellicis. *Tübingae 1801.* 4.

19) *Noct. Atticar.* Lib. VII. cap. 3.

20) CICERO in *Bruto* cap. 90. erzählt von sich selbst, daß er den berühmten Rhetoriker Apollonius Molo zu Rhodus gehört habe.

rere wichtige Siege zur See erfochten. Als nun dieselben nach dem ersten Punischen Kriege sich von der Nothwendigkeit des Seewesens, und den Vortheilen der Handlung zur See lebhaft überzeugt hatten, so nahmen sie auch das Seerecht der Rhodier auf. Es ist sehr wahrscheinlich, daß diese Aufnahme schon zu den Zeiten des römischen Freystaats geschehen sey. Denn **Servius Sulpicius**, **Aulus Ofilius**, und **Labeo** werden in dem Titel der Pandecten, welcher von der Lex Rhodia handelt, als vorzügliche Ausleger dieses Gesetzes genannt [21]) Darf man einer alten Urkunde trauen, welche sich als Proömium vor der Sammlung der Rhodischen Seegesetze, so wie sie uns **Simon Schard** [22]), **Johann Löwenklau** [23]), und **Arnold Vinnius** [24]), bekannt gemacht haben, befindet; so war der Kaiser Tiberius, nicht Augusts Nachfolger, sondern Tiberius Claudius der erste, welcher das Rhodische Seerecht in eine Samlung bringen ließ, und solches förmlich bestättigte, da es vielleicht vorher nur als Gewohnheitsrecht galt [25]). Nach der richtigern lateinischen Version, welche **Godefroi** [26]) geliefert hat, lautet die gedachte Urkunde folgendermaßen.

Lex

21) *L. 2. pr. et §. 3. D. h. t. L. 4. pr. et §. 1. D. eodem.* S. BALDUIN. cit. Commentar. pag. 139. edit. *Halens. Io. Aug.* BACH Historia iurisprud. Rom. Lib. II. cap. 2. §. 97. und *Io. Gottl.* HEINECCII Histor. iuris civ. Lib. I. §. 296.

22) Leges Rhodiorum navales. *Basiliae 1561.* 8.

23) *Io.* LEUNCLAIUS Iur. Graeco Rom. cura *Marq.* FREHERI *Francof. 1606.* edit. Tom. II. pag. 265. sq.

24) bey seinem Commentar. ad *Peckium* de re nautica.

25) S. *Iac.* GOTHOFREDUS de imperio Maris. Cap. IX.

26) De imperio maris. Cap. 8.

Lex Rhodia nautica, quam firmarunt Sacratiſſimi Imperatores, *Tiberius*, *Hadrianus*, *Antoninus*, *Pertinax*, *Lucius Septimius Severus*, ſemper Auguſti.

1) TIBERIUS *Caeſar Auguſtus*; *Pontifex Maximus*, *tribuniciae poteſtatis a. XXXII. Supplicaverunt mihi nautae, navicularii, et negotiatores, ut quaecunque in mari contingunt, in collationem venirent.*

Oratione *ſumta* NERO *dixit: Maxime, Prudentiſſime, et Illuſtriſſime* TIBERI *Caeſar. Nihil neceſſe duco commendare ea, quae a Magnitudine tua hactenus conſtituta ſunt.*

Narratio. *Mitte, qui diligenter Rhodi inquirat et adnotet ea, quae obſervantur circa navigantes, ſeu nautas et navicularios, et negotiatores, et vectores, et merces impoſitas, et ſocietates, et navigia, et emtiones venditiones, et navium fabricam, et depoſita auri et argenti, aliasque diverſas ſpecies.*

Haec omnia TIBERIUS *decreto firmata ſignataque tradidit Antonino clariſſimo Conſuli, et Conſularibus, qui ad ipſum ſalutatum venerant, in feliciſſima, arceque omnium urbium Roma.*

2) *Lauro et Agrippino Conſulibus clariſſimis. Hi obtulerunt Maximo Imperatori* VESPASIANO: *Qui et ipſe ea firmavit in ampliſſimo Senatu.*

3) ULPIUS TRAIANUS *Legem Rhodiorum obtinere ſivit, una cum ampliſſimo Senatu.*

4) *Sed et* ANTONINUS *ſupplicanti cuidam reſpondit. Ego quidem mundi dominus ſum, ius vero maris lege Rhodiorum*

diorum nautica iudicetur, in quibus ei legum nostrarum aliqua non adversatur.

Es ist jedoch die Aechtheit dieser Urkunde, so wie die Sammlung der Rhodischen Seegesetze selbst, nach den Gründen, welche Cornelius van Bynkershök [27]) dawider vorgebracht hat, noch vielem Zweifel unterworfen. Soviel ist indessen gewiß, daß der Kaiser Antoninus Pius in dem merkwürdigen Rescript, welches uns Volusius Mäcianus in der *L. 9. D. h. t.* aufbehalten hat, das Rhodische Seerecht, als das entscheidende Recht in Streitigkeiten des Seewesens, feyerlichst anerkannt habe, soweit kein römisches Gesetz entgegen stand. Das Rescript selbst, nebst der vorausgehenden Supplik des Eudämon von Nicomedien an den Kaiser Antonin, welches Mäcian, nach der Inscription (*ex Lege Rhodia*) zu urtheilen, vielleicht aus einer zu seinen Zeiten vorhandenen Sammlung der Rhodischen Seegesetze entlehnt hat [28]), ist griechisch abgefaßt, zugleich aber in den heutigen Ausgaben unsers Corpus iuris mit einer, jedoch sehr schlecht gerathenen,

27) Ad L. Ἀξίωσις. Cap. V. et VIII. Man sehe auch *Io. Gottl.* HEINECCII Histor. iuris civ. Lib. I. §. 295. und *Io. Aug.* BACH Histor. iurispr. Rom. Lib. IV. cap. 1. Sect. III. §. 26.

28) S. GOTHOFREDI Comm. de imperio maris Cap. II. Daß Mäcian selbst einen Commentar über das Rhodische Gesetz geschrieben habe, ist unerweislich; sondern die Stelle ist wahrscheinlich von den Compilatoren der Pandecten aus desselben libris publicorum iudiciorum entlehnt, worin er auch von den Seeverbrechen gehandelt hat, zu denen vorzüglich die Beraubung der Schiffbrüchigen gehörte. *L. 1. in fin.* *L. 2. 3. 4. 5. 7. D. de incendio, ruina, naufragio.* L. 18. C. *de furtis.* und *Auth.* Navigia. *Cod. de furtis.*

nen, lateinischen Version versehen. Eine neue richtigere Uebersetzung hat Godefroi [29]) geliefert, welche hier einen Platz verdient. *Libellus supplex* (ἀξίωσις, nicht deprecatio, wie es die vulgata übersetzt hat) *Eudaemonis, Nicomediensis, ad Antoninum Imperatorem. Domine Imperator Antonine, cum naufragium fecissemus in Italia* [30]), *arrepti sumus a publicis servis* (ὑπὸ τῶν δημοσίων, welches unrichtig a publicanis übersetzt wird [31]) *eorum, qui Cycladas insulas incolunt.* ANTONINUS *Eudomini rescripsit. Ego quidem orbis dominus sum; sed tamen ius maris secundum legem Rhodiorum nauticam iudicetur* [32]) *in his, in quibus nulla nostrarum legum ei adversatur. Id ipsum vero et sacra-*

29) Cit. Comment. Cap. I.

30) Da Italien in einer sehr weiten Entfernung von den Cykladischen Inseln liegt, so ist die Emendation des Godefroi de imp. maris. cap. 3. sehr wahrscheinlich, welcher, statt εν τη Ἰταλίᾳ, lieber ἐν τῇ Ἰκαρίᾳ. sc. θαλασσι, i e. *in Icario mari*, in welchem die Insel Icaria liegt, lesen will. Man sehe auch VOET Comm. ad Pand. h. t. §. I. und *Hug.* GROTII Florum sparsio ad ius Iustinian. ad h. L. pag. 156. edit. *Halens.* *1729.* 8. Noch glücklicher ist jedoch die Emendation des *Ger.* NOODT Observat. Lib. I. cap. 13. welcher statt Italia vielmehr *Aethalia*, eine Insel im Aegeischen Meere zwischen Samos und Lesbos, lesen will.

31) S. GOTHOFREDUS cit. Comment. cap. 4.

32) Ohne Sinn übersetzt hier die Vulgata: *Ego quidem mundi dominus, Lex autem maris. Lege id Rhodia, quae de rebus nauticis praescripta est, iudicetur.* Νόμος τῆς θαλάσσις, heißt vielmehr ius, quod in mari obtinet. Das Unterscheidungszeichen nach θαλασσις ist daher mit Godefroi cit. Comm. cap. 6. et 7. wegzustreichen. Man sehe auch *Ant.* SCHULTING Thesium controversarum Dec. LI. Th. 9. und VOET Comm. ad Pandect. h. t. §. I.

sacratissimus Augustus 33) *decrevit.* Aus dieser Stelle läßt sich zugleich schließen, daß man die Seegesetze der Rhodier nicht ohne Auswahl aufgenommen hatte. Es werden daher in den Klassikern 34) hin und wieder manche Gesetze angeführt, welche bey den Römern nicht galten 35). Jetzt kennen wir nur noch eine der vorzüglichsten Entscheidungen als ächt, welche das Kapitel vom Seewurf enthält. Dies ist auch nur das einzige Fragment, welches aus dem Rhodischen Seerecht in unsere Pandecten übergegangen ist. Es ist darin Folgendes verordnet. Wenn bey stürmischer See, zur Rettung des Schiffs, Güter und Waaren

33) Dieser *Sacratissimus Augustus* (ὁ θειότατος Αὔγουστος) ist nicht der Kaiser Octavianus Augustus, wie viele glauben, sondern der Kaiser *Marcus Antoninus*, unter welchem Mäcian lebte. S. GOTHOFREDI Commentar. cit. Cap. 6. Die letzten Worte der angeführten Stelle sind überhaupt blos eine Bemerkung von Mäcian.

34) CICERO *de invent.* Lib. II. cap. 32. IDEM *in Orator. Partition.* Cap. 34. STRABO *Lib. XIV.*

35) S. GUNDLING cit. Commentar. pag. 140. Mehrere wollen überhaupt behaupten, daß die Römer von den Rhodischen Gesetzen nichts, als das caput de iactu, aufgenommen hätten. Denn auch PAULUS in *Sentent. Recept.* Lib. II. Tit 7. wo er die *Lex Rhodia* ex instituto erklärt, rede überall nur vom Seewurf. S. HEINECCII Hist. iuris Lib. I. §. 296. Not. *. Allein die *L.* 9. *D. h. t.* beweißt offenbar das Gegentheil; auch HARMENOPULUS in *Promtuario iuris.* Lib. II. Tit. II. princ. sagt: Nautica omnia et quaecunque in mari controversiae incidunt, lege Rhodia deciduntur, et ex praescripto Legum Rhodiarum disceptantur, ac iudicantur, ubicunque lex aliqua non extiterit, quae Rhodiis adversetur. Sunt enim nauticarum omnium legum Rhodiae vetustissimae.

ren über Bord geworfen werden mußten; so sollen die Eigenthümer, welche das Ihrige zur Rettung der übrigen im Schiff befindlichen Sachen aufgeopfert haben, von den Eigenthümern der letztern nach Maasgabe und Verhältniß ihres dadurch geretteten Eigenthums entschädiget werden. Paulus sagt *L. 1. D. h. t.* Lege Rhodia cavetur, *ut si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est.*

§. 884.

Grund der Verbindlichkeit zur Entschädigung vermöge des Rhodischen Gesetzes.

Das Rhodische Gesetz vom Seewurf geht von dem Grundsatz aus, es sey billig, daß einzelnen der Schade vergütet werde, den sie dadurch erlitten haben, daß sie bey einer mehreren zugleich drohenden Gefahr ihr Eigenthum für Andere aufopferten, wenn diesen dadurch das Ihrige gerettet und erhalten worden ist. Paulus giebt diesen Grund selbst an, wenn er *L. 2. pr. in fin. D. h. t.* sagt: Aequissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui, propter amissas res aliorum, consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent. Denn offenbar würden sich diejenigen, deren Güter gerettet worden sind, mit dem Schaden derjenigen bereichern, welche das Ihrige verlohren haben. Die Verbindlichkeit zur Entschädigung, welche das Rhodische Gesetz ausspricht, ist also eine unmittelbare, weil kein besonderes factum obligatorium desjenigen, der hier verpflichtet wird, vorausgegangen ist, welches den nächsten Grund derselben enthält, sondern dieser Grund vielmehr hier in der Vorschrift des Gesetzes

selbst

selbst liegt [36]). Immer setzt aber diese Verbindlichkeit voraus, daß durch den Seewurf die Sachen der übrigen wirklich erhalten worden sind. Mit Recht sagt daher Voet [37]): non ex iactu, *sed ex subsecuta ad jactum conservatione aliarum mercium* natam esse contributionis obligationem, quippe quibus non salvis, nulla de iactu actio esset. Soll also eine Verbindlichkeit zur Vergütung des durch einen Seewurf erlittenen Schadens Statt finden; so ist nicht genug, daß ein iactus geschehen ist, sondern es wird vielmehr zur Begründung derselben erfordert, 1) daß das Schiff in Gefahr gewesen seyn müsse, zu scheitern und unterzugehen [38]). 2) Die Gefahr muß zufällig z. B. durch Sturm entstanden seyn [39]). 3) Der Seewurf muß nach dem Urtheile der Verständigen nothwendig gewesen seyn [40]). 4) Die über Bord geworffenen Güter müssen wirklich verlohren worden, und dadurch den Eigenthümern derselben ein Schaden entstanden seyn [41]); und 5) das Schiff und die übrigen Waaren auf demselben müssen durch den Seewurf gerettet worden seyn [42]). Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so fällt die Verbindlichkeit zur Entschädigung weg.

§. 885.

36) S. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. I. §. 501. und Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 32.

37) S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 2.

38) *L. 2. pr. D. h. t.*

39) *L. 2. §. 2. D. eod.*

40) *L. 2. §. 1. D. eodem. L. 5. pr. D. eodem.*

41) *L. 2. §. 7. L. 4. in fin. D. h. t.*

42) *L. 5. pr. D. eodem.*

§. 885.

Die Verbindlichkeit zur Entschädigung fällt weg 1) wenn keine gemeine Gefahr vorhanden war.

Es muß also 1) eine nahe und gemeine Gefahr vorhanden gewesen seyn, welche es nothwendig machte, zur Erleichterung des Schiffs einen Theil der Ladung über Bord zu werffen. Diese wird rechtlich angenommen, wenn alle auf dem Schiffe in den Seewurf willigten. Ist dieses nicht der Fall, so kommt es, ohne Rücksicht des Orts, das Schiff befinde sich noch auf der hohen See, oder habe schon den Hafen erreicht, hauptsächlich auf das Urtheil der Seeerfahrnen an [43]). Wenn nun nach dem Urtheile des Setzschiffers und des größten Theils der Seeleute auf dem Schiff die Gefahr wirklich so groß ist, daß ohne Erleichterung des Schiffs der Untergang desselben nicht wohl abgewendet werden kann, so wird der Seewurf für nothwendig gehalten, und er kann geschehen, wenn gleich die Eigenthümer der Schiffsgüter nicht darein willigen sollten. Es müssen jedoch, wenn nachher die Contribution zur Sprache kommt, diejenigen, auf deren Beschluß der Seewurf geschahe, noch durch ihren Eid bekräftigen, daß dieser wirklich aus Noth geschehen sey [44]). Hieraus folgt 1) daß wenn durch die Schuld einer Person, oder durch Unvorsichtigkeit des Setzschiffers, welcher z. B. das Schiff

zu

43) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

44) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *Van der* SCHELLING cit. Diatriba Cap. 6. §. 3. et 4. *Io.* LOCCENIUS de iure maritimo Lib. II. cap. 7. §. 2. et 3. und *Iust. Ge.* SCHOTTEL de singularib. quibusd. et antiquis in Germ. iuribus. Cap. 21. §. 6.

zu schwer befrachtet hat, die Gefahr veranlaßt wurde, die Beschädigten sich eigentlich blos an denjenigen halten können, durch dessen Schuld der Schade geschehen ist [45]); oder, welcher wenigstens desselben Culpa zu vertreten hat, wie z. B. der exercitor, wenn der magister navis in Dienstsachen etwas versieht. Sollten sie jedoch von diesen keine Entschädigung erhalten, so kann ihnen der Regreß gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen aus dem Rhodischen Gesetz wenigstens jetzt nicht versagt werden [46]). 2) Sind Waaren ohne Noth von einigen Passagieren blos aus eitler Furcht über Bord geworffen worden, so waren es entweder ihre eigenen Sachen, und dann fällt alles Klagerecht weg; oder es waren fremde Güter, und dann können die Eigenthümer gegen die Urheber dieses Schadens mit der actio legis Aquiliae oder in factum klagen, ja wenn das Auswerffen blos unter dem Vorwand einer vorhandenen Gefahr in der Absicht geschehen wäre, um ihre Sachen für einen desto höhern Preiß zu verkaufen, oder sonst die Eigenthümer der ausgeworffenenen Sachen in Schaden zu bringen, so findet auch die actio doli statt [47]). Uebrigens ist noch zu bemerken, daß beym Auswerffen mit denjeni-

45) Arg. *L. 27. §. 23. D. ad Leg. Aquil. L. 30. §. 2. D. Locati.* HUBER Praelect. h. t. §. 8. und Franz Ludw. von Cancrin Abhandlungen vom Wasserrechte 4. Band 15. Abh. §. 43.

46) S. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 3. und Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 983.

47) *L. 14. pr. D. de praescript. verb.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LII. Th. 1. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1995.

jenigen Gütern der Anfang zu machen sey, welche das Schiff am meisten belästigen, und doch von dem geringsten Werthe sind [48]). Auch müssen die Eigenthümer angeben, was in den Fässern und Kisten ist, und alles von dem Schiffsschreiber genau verzeichnen lassen [49]); sonst werden die ausgeworffenen Güter blos nach dem äusserlichen Anschein oder nach der in dem Frachtbriefe (Connoissement) geschehenen Angabe geschätzt [50]). Ob übrigens wirkliche Kaufmannsgüter, oder auch nur Sachen, die zur Schiffsrüstung und Armatur gehören, über Bord geworffen worden, ist gleichviel, wenn es nur zur Erleichterung und Rettung des Schiffs geschahe [51]).

§. 886.

2) Wenn kein Schaden geschehen ist.

Zur Begründung der Verbindlichkeit, von welcher das Rhodische Gesetz redet, wird ferner II) erfordert, daß durch den Seewurf wirklich ein Schade geschehen sey [52]) Haben also die Eigenthümer der über Bord geworffenen Sachen das Ihrige in Natur wieder bekommen, so fällt die

48) S. SCHOTTEL cit. loc. §. 7. HUBER cit. loc. §. 2. WOLFF Diss. ad L. Rhod. §. 3. WEDDERKOPP Introd. in ius nautic. Lib. IV. Tit. 1. §. 12.

49) Joh. Jul. Surland Grunds. des Europ. Seerechts §. 83. von Cancrin Abhandl. von dem Wasserrechte Abh. XV. §. 43.

50) HUBER Praelect. h. t. §. 2. *van der* SCHELLING Diatr. cit. Cap. IX. §. 5. nr. 1. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim CLX. Corol 3.

51) *L. 3. L. 5. §. 1. D. h. t.*

52) *L. 4. in fin. D. h. t.*

die Verbindlichkeit der Entschädigung von Seiten der übrigen weg [53]). Denn was entweder durch Taucher wieder aus der See gezogen, oder am Gestade aufgefangen worden ist, muß den Eigenthümern restituirt werden, weil man solche Sachen nicht für derelinquirt halten kann, welche blos, um das Schiff zu erleichtern, und von einem drohenden Untergange zu retten, über Bord geworffen worden sind [54]). **Paulus** sagt *L.* 2. §. *ult. D. h. t.* ausdrücklich: Res autem iacta domini manet, nec fit apprehendentis, *quia pro derelicto non habetur.* Und hiermit stimmt auch **Julian** überein, wenn er diesen Satz *L.* 8 *D. h. t.* auf folgende Art erläutert: Qui levandae navis gratia res aliquas proiiciunt, *non hanc mentem habent, ut eas pro derelicto habeant*; quippe si invenerint eas, ablaturos, et, si suspicati fuerint, in quem locum eiectae, requisituros: ut perinde sint, ac si quis onere pressus, in viam rem abiecerit, mox cum aliis reversurus, ut eandem auferret. Niemand darf sich daher an solchen Gütern vergreifen, ohne sich eines Diebstahls schuldig zu machen [55]); auch selbst der Fiskus

53) *L.* 2. §. 7. *D. h. t.* Si res, quae iactae sunt, apparuerint, exoneratur collatio.

54) Daher findet an solchen Sachen, welche über Bord geworffen worden sind, auch keine Usucapion statt. *L.* 7. *D. pro derelicto. L.* 21. §. 1. *D. de acquir. vel amitt. possess.*

55) §. *ult. I. de rerum divis. L.* 4. D. *de incend. ruina, naufragio* etc. *L.* 18. *C. de furt. Ian. a* COSTA ad §. ult. I. de rer. divis. pag. 183. Diesem ist *L.* 43. §. 11. *D. de furtis* nicht entgegen. Denn hier ist von einem solchen Falle die Rede, da eine Sache ins Meer geworffen worden ist, von welcher gewiß war, daß sie sogleich zu Grunde gehen und verderben müsse.

hat daran keinen Anspruch mehr [56]). Kr. Constantin [57]) verordnet ausdrücklich *L. 1. Cod. de naufragiis:* Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad littus, vel si quando aliquam terram attigerit [58]), ad dominos pertineat. Fiscus meus sese non interponat. Quod enim ius habet fiscus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosa compendium sectetur? Noch nachdrücklicher und unter Androhung von Strafen wiederholt dieses Kr. Friedrich II. in der *Auth.* Navigia. *Cod. de furtis,* in welcher es heißt: Navigia quocunque locorum pervenerint, si quo casu contingente rupta fuerint, vel alias ad terram pervenerint, tam ipsa navigia, quam navigantium bona illis integra reserventur, ad quos spectabant, antequam navigia huiusmodi periculum in cur-

Hier ist freylich animus derelinquendi rechtlich anzunehmen. S. *de* COCCEJI iur. civ. controv h. t. §. 6. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 306. Dies hat noch weniger Zweifel, wenn die Sache, ausser dem Fall der Noth freywillig ins Meer geworffen wird, wie VINNIUS in Comment. ad §. ult. I. de rer. divis. nr. 1. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* cit. loc. not. k. diese Stelle erklären.

56) S. *Theod.* PAULI Diss. de bonis naufragorum fisci et privatorum acquisitionem effugientibus. *Regiom. 1689.*

57) So nach der Inscription. Allein SALMASIUS de modo Usurarum cap. 5. hält richtiger den Kr. Antonin für den Urheber dieser vortreflichen Constitution. Denn in dem Theodosianischen Codex findet sich dieselbe in dem Titel *de naufragiis* nicht. Auch Haloander lieset statt *Constantinus.* Imp. ANTONINUS.

58) Statt *aliquam terram attigerit,* lieset SALMASIUS c. l. *reliqua terram attigerint,* welche Leseart auch VINNIUS in Comm. ad §. ult. I. de rerum divis. in fin. billiget.

curriſſent: ſublata penitus omnium locorum conſuetudine, quae huic adverſatur ſanctioni: niſi talia ſint navigia, quae piraticam exerceant pravitatem, aut ſint nobis, ſive chriſtiano nomini inimica. Transgreſſores autem huius noſtrae conſtitutionis bonorum ſuorum publicatione multentur: et ſi res exegerit, eorum audacia juxta mandatum noſtrum modis aliis compeſcatur. Bey den alten Deutſchen herrſchte zwar ehemals die höchſt unbillige, geſunde Vernunft und Menſchenrecht beleidigende Gewohnheit, vermöge welcher die durch Schiffbruch verunglückten Perſonen und Sachen, welche an das Geſtade waren getrieben worden, ein Eigenthum desjenigen wurden, welcher die Jurisdiction über das Ufer ausübte. Man ſagte im Sprichwort: der Schiffer kann Leib und Guth verfahren, wenn er Schiffbruch leidet, und nannte dieſes barbariſche Recht das Strandrecht [59]). Allein dieſes Recht iſt als eine böſe und unvernünftige Gewohnheit durch Reichsgeſetze [60]) ſchon längſt aufgehoben worden. Ausgeworffene und geſtrandete Sachen müſſen alſo jetzt von den Findern an die deshalb angeordneten Berggehäuſer abgeliefert werden, aus

59) S. SCHOTTEL de ſingularib. quibusdam et antiquis in Germania iurib. Cap. 20. *Ioach.* KAEMPFFER Diſſ. de iure appulſus. *Ienae 1680.* *Iac.* SCHUBACK Diſſ. de iure littoris, vom Strandrechte. *Goett. 1750.* EIUSD. Commentar. de iure littoris. *Hamb. 1751.* 4. Ins Deutſche überſetzt durch Joh. Chriſt. Greilich. 1. Th. Hamburg 1767. 2. Th. Ebendaſelbſt 1781. 4.

60) Peinl. Gerichts-Ordn. Carls V. Art. 218. Reichs-Abſch. vom J. 1559. §. 35. REINHARTH Select. Obſervationes ad *Chriſtinaei* Deciſion. Vol. V. Obſ. 8.

aus welchen sie der wahre Eigenthümer gegen Erlegung eines **Bergegeldes** (Servaticium) zurückerhält [61]). Findet sich dann kein Eigenthümer, so kann sie der Fiskus zur Unterhaltung öffentlicher Anstalten verkaufen. Dieß nennt man das **Strandrecht im heutigen Sinn** [62]). Durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten wurde übrigens die Lex Rhodia noch auf folgende Fälle angewendet; 1) wenn zur Erleichterung des Schiffs ein Theil der Ladung in ein Boot gebracht worden, dieses aber gesunken ist. Ein solcher Verlust wird einem Seewurf gleichgeachtet, gesetzt auch, daß der Schade erst bey der Einfarth in den Hafen geschehen wäre. **Callistratus** war dieser Meinung, wie aus *L. 4. pr. D. h. t.* erhellet, wo er sagt: Navis onustae levandae causa, quia intrare flumen vel portum non potuerat cum onere, si quaedam merces in scapham trajectae sunt, ne aut extra flumen periclitetur, aut in ipso ostio vel portu, eaque scapha submersa est, ratio haberi debet inter eos, qui in nave merces salvas habent, cum his, qui in scapha perdiderunt: *perinde tanquam si iactura facta esset.* Idque SABINUS quoque *libro* 2. *Responsorum* probat [63]). 2) Wenn Sachen zwar nicht über Bord geworffen, allein durch das Auswerffen anderer, und dadurch verur-

61) *Io. Sam. Frid.* BOEHMERI Diss. de servaticio, quod vulgo Bergegeld vocant. *Halae 1743.*

62) S. **Franz Ludw. von Cancrin** Abhandl. vom Strandrechte. In **Desselben** Abhandlungen von dem Wasserrechte. 3. Band 13. Abhandl. §. 5. ff. S. 103. ff.

63) S. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 329. u. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. LII. Th. 6.

verursachte Bespritzen mit Seewasser verderbt worden sind. Der Grund ist hier der nämliche. Quid enim interest, sagt Callistratus *L. cit.* 4 § *ult. D. eodem*, jactatas [64]) res meas amiserim, an nudatas [65]) deteriores habere coeperim? Nam sicut ei, qui perdiderit, subvenitur: ita et ei subveniri oportet, qui deteriores propter iactum res habere coeperit. Haec ita PAPIRIUS FRONTO respondit. 3) Wenn Jemand ein von den Seeräubern weggenommenes Schiff mit seinem Gelde loskauft. Hier müssen alle zum Ersatz des Lösegeldes verhältnißmäßig beytragen. Dieß gilt aber nur, wenn das ganze Schiff ist ranzionirt worden. Denn haben die Seeräuber blos das Schiff geplündert, so trägt den Schaden Niemand, als der Eigenthümer. Paulus sagt *L.* 2 §. 3. *D. h. t.* Si navis a piratis redemta sit, SERVIUS, OFILIUS, LABEO, omnes conferre debere, aiunt. Quod vero praedones abstulerint, eum perdere, cuius fuerint: nec conferendum ei, qui suas merces redemerit.

§. 887.

3) Wenn das Schiff dennoch unterging.

Es müssen ferner III. das Schiff und die übrigen Sachen auf demselben durch den Seewurf wirklich gerettet

64) Statt *iactatas* lieset Baudoza iactas, womit auch unser Erlanger Codex übereinstimmt.

65) Baudoza lieset hier *inundatas*. Diese Leseart hält POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. VI. not. h. et k. für besser. Allein *Franc.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 3. und *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 329 haben gezeigt, daß auch mit Beybehaltung der florentinischen Leseart ein richtiger Sinn herauskomme.

tet worden seyn, wenn eine Verbindlichkeit zur Contribution statt haben soll. Diese Verbindlichkeit fällt daher weg, wenn das Schiff dennoch gescheitert ist, gesetzt auch, es wäre ein Theil der Ladung aus dem Schiffbruch geborgen worden. Es können z. B. Sachen durch ein Boot gerettet, oder durch Taucher aus der See gezogen worden seyn. Hier sind die Eigenthümer derselben nicht verbunden, etwas zur Entschädigung derjenigen beyzutragen, die das Ihrige durch den Seewurf verlohren haben, weil das Schiff dadurch nicht gerettet worden ist. Was also jeder aus dem Schiffbruche noch gerettet hat, ist eben so anzusehen, als wenn es bey einem plötzlich ausgebrochenen Brande aus dem Feuer gerettet worden wäre. Ein anders wäre, wenn das Schiff einmal durch Aufopferung eines Theils der Ladung wirklich aus einer drohenden Gefahr gerettet worden, hierauf aber bey einem zweyten Unglücksfall gescheitert wäre, jedoch an einem solchen Orte, wo es noch möglich war, einen Theil der Güter aus dem Schiffbruche zu retten [66]. Hier müssen sich die Eigenthümer der geretteten Sachen mit den Eigenthümern der über Bord geworffenen Güter billig ausgleichen. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 4. pr. D. h. t. Si scapha cum parte mercium salva est, navis periit, ratio haberi non debet eorum, qui in navi perdiderunt: quia iactus in tributum, *nave salva*, venit.

§. 1. eiusd. L. 4. Sed si navis, quae in tempestate, jactu mercium unius mercatoris, levata est, in alio loco submersa est, et aliquorum mercatorum merces

66) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9.

ces per urinatores extractae ſunt data mercede, rationem haberi debere eius, cuius merces in navigatione levandae navis cauſa iactae ſunt, ab his, qui poſtea ſua per urinatores ſervaverunt, SABINUS aeque reſpondit. Eorum vero, qui ita ſervaverunt, invicem rationem haberi non debere ab eo, qui in navigatione iactum fecit, ſi quaedam ex his mercibus per urinatores extractae ſunt [67]): eorum enim merces non poſſunt videri ſervandae navis cauſa iactae eſſe, quae periit.

L. 5. D. eodem. Amiſſae navis damnum collationis conſortio non ſarcitur per eos, qui merces ſuas naufragio liberaverunt: nam huius aequitatem tunc admitti placuit, *cum iactus remedio caeteris in communi periculo, ſalva navi, conſultum eſt* [68]).

L. 7. D. eodem. Cum depreſſa navis aut dejecta eſſet, quod quisque ex ea ſuum ſervaſſet, ſibi ſervare reſpondit, tanquam ex incendio.

Hat das Schiff oder die Schiffsrüſtung durch Sturm gelitten, die Ladung iſt aber ohne Seewurf geborgen worden, ſo kann der Schiffsherr eben ſo wenig einen Beytrag zur Schadloshaltung fordern, als ein Handwerker, der über der Arbeit ſein

67) Ganz ohne Grund will hier *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. ſtatt *extractae* non extractae geleſen wiſſen. Daß die gemeine Leſeart richtig ſey, zeigen *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſ. Decad. LII. Th. 5. POTHIER Pandect. Iuſtin. h. t. Nr. VII. not. l. et m. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. c. Tom. II. pag. 268.

68) Man ſehe über dieſe Stelle *Ger.* NOODT ad h. Tit, p. 331. und beſonders *Ioſ.* FINESTRES Hermogenian. Lib. II. p. 437. ſqq.

sein Handwerkszeug zerbricht; es wäre denn, daß es ihm von den Befrachtern ausdrücklich versprochen worden, oder daß das Schiff auf Verlangen derselben, und aus Furcht, daß es scheitern möchte, seiner Masten und Rüstung wäre entlediget worden. Dann muß ihm billig der Schade ersetzt werden, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 2. §. 1. *D. h. t.* Si conservatis mercibus deterior facta sit navis, aut si quid exarmaverit [69]) nulla facienda est collatio: quia dissimilis [70]) earum rerum causa sit, quae navis gratia parentur, et earum, pro quibus mercedem aliquis acceperit. Nam et si faber incudem aut malleum fregerit, non imputaretur ei, qui locaverit opus: sed si voluntate vectorum vel [71]) propter aliquem metum id detrimentum factum sit, hoc ipsum sarciri oportet.

L. 6.

69) D. i. si quaedam armamenta amiserit. S. *Ger.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 329.

70) CUJACIUS Observation. Lib. XXIII. cap. 35. lieset statt dissimilis, *similis*. POTHIER in Pand. Iustin. h. t. Nr. III. not. b. will *non dissimilis* lesen. *Ger.* NOODT hingegen meint in Comm. ad Dig. h. t. pag. 329. es lasse sich diese Stelle auch ohne Emendation erklären; allein seine Erklärung ist gezwungen.

71) CUJACIUS Observation. Lib. XXIII. cap. 35. glaubt, das *vel* sey wegzustreichen. Ihm stimmt auch POTHIER in Pand. Iustin. h. t. Nr. III. not. c. bey. Allein vel heißt hier soviel als veluti oder puta, wie NOODT in Comment. ad Dig. h. t. p. 330. aus mehreren Stellen sowohl der römischen Klassiker als des corpus iuris gezeigt hat. Russard bemerkt in seiner Ausgabe des corpus iuris, daß in einigen Handschriften auch wirklich veluti gelesen werde.

L. 6. *D. eodem.* Navis adversa tempestate depressa, ictu fulminis deustis armamentis, et arbore et antemna, Hipponem delata est, ibique tumultuariis armamentis ad praesens comparatis, Ostiam navigavit, et onus integrum pertulit. Quaesitum est, an hi, quorum onus fuit, nautae pro damno conferre debeant? Respondit, non debere: hic enim sumtus instruendae magis navis, quam conservandarum mercium gratia factus est.

§. 888.

Regeln bey der Berechnung und Vergütung des Schadens nach der Lex Rhodia.

Sind nun die angegebenen Erfordernisse in einem vorkommenden Falle wirklich vorhanden, so können diejenigen, welche durch Aufopferung ihrer Sachen die im Schiffe befindlichen Sachen Anderer gerettet haben, eine verhältnißmäßige Entschädigung fordern. Diese Verbindlichkeit liegt jedoch den Eigenthümern der geretteten Sachen nur pro rata ob, wäre daher einer von denselben insolvent geworden, z. B. die ihm gehörigen Sachen sind einem Andern verpfändet, oder nachher durch Feuer, oder Seeraub verlohren gegangen, so brauchen die übrigen für ihn nicht zu haften [72]). Auch sind diejenigen von der Contribution frey, welche die ihnen geretteten Sachen derelinquirt, oder sie dem Vor-

72) *L.* 2. §. *6. D. h. t.* S. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 7. et 8. und Thibaut System des Pandect. R. 2. B. §. 984. Anderer Meinung ist MALBLANC in Princip. iuris Rom. P. II. §. 502.

Vorsteher des Schiffs für die Fracht überlassen haben 73). Die Berechnung des Beytrags zur Entschädigung derer, welche das Ihrige durch den Seewurf verlohren haben, oder sonst dadurch beschädiget worden sind, geschieht in dem nächsten Hafen, und wird daher Haverey 74) genennt, obwohl diese Benennung von anderen 75) vielmehr von dem Worte Habe hergeleitet werden will, worunter das Schiffsgut verstanden wird, so wie man auch sonst in dem deutschen Redegebrauche Habe und Gut zu sagen pflegt. Man nennt die Haverey, von welcher hier die Rede ist, die große (*havaria magna* seu *grossa*), zum Unterschied der gemeinen, oder ordinären Haverey, (*havaria communis*) welche in einem bloßen Beytrage derjenigen Unkosten besteht, die, ausser dem Fall eines Seewurfs und der Gefahr des Schiffbruchs, blos zur Beförderung der Seereise, und zum gemeinen Nutzen der Waaren auf dem Schiffe erfordert wurden, und daher auch nur von den Eigenthümern derselben, ohne Beyziehung des Schiffsherrn, verhältnißmäßig zu entrichten sind. Zu dieser gemeinen Haverey rechnet man das Anker, Lootsen und Grundgeld, ferner das Convoy, Pfäl, Brücken und ordi-

73) S. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iuris civ. Exercit. XX. Th. 18. not. γ. Nr. III.

74) S. *Iust. Ge.* SCHOTTEL de singularib. quibusd. et antiquis in Germ. iuribus Cap. XXI. §. 2. et 3. Reinh. Fried. von Sahme Einleitung zum Seerecht des Königreichs Preußen. Tit. 10. §. 1. und Franz Ludw. von Cancrin Abhandlungen vom Wasserrechte. 4. Band 9. Tit. S. 59. ff.

75) S. *Ioh.* SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXVII. §. 28. *Iust. Henn.* BOEHMER Disput. de discrimine tempestatis maritimae Cap. II. §. 28.

ordinaire Quarantainegeld [76]). Die große Haverey hingegen geht über Schiff und Gut [77]). Nur die zur Consumtion der Schiffsleute, und der auf dem Schiffe sich befindenden Passagiere bestimmten Eß- und Trinkwaaren, sie mögen das Eigenthum der letztern seyn, oder nicht [78]); desgleichen die freien Menschen auf dem Schiffe [79]), so wie jetzt auch die täglichen Kleider, welche sie auf dem Leibe tragen [80]), sind bey der Contribution ausser Anschlag zu lassen. Jedoch gestattet man nach dem heutigen Gerichtsgebrauche auch demjenigen, welcher mit Aufopferung seiner Gesundheit Sachen

76) S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 3. *Io.* WEDDERKOPP Ius naut. Lib. IV. Tit. 1. und *Io. Heinr.* FRICKE Diss. de havariarum discrimine inprimis ex Legibus Germ. septentrionalis. *Kilonii 1773.*

77) S. SCHOTTEL cit. loc. §. 18. S. 411.

78) *L.* 2. *§.* 2. *D. h. t.* — nisi si qua *consumendi causa* imposita forent: quo in numero essent *cibaria*, eo magis, quod si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet, in commune conferret. S. *Hug.* GROTIUS de iure belli ac pacis. Lib. II. cap. 2. §. 6. *Pet. van der* SCHELLING Diatr. de L. Rhod. Cap. IX. §. V. nr. 5. und MALBLANC Diss. ad L. 2. §. 2. D. de L. Rhod. de iactu. §. 7.

79) *L.* 2. *§.* 2. *D. h. t.* Corporum liberorum aestimatio nulla fieri potest.

80) VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 14. In der *L.* 2. §. 2. *D. cit.* heißt es zwar ausdrücklich: *Vestimentorum cuiusque aestimationem fieri oportere, visum est.* Allein die heutige Praxis nimmt die vestes quotidianae, quibus induti sunt navigantes, aus. S. LOCCENIUS de iure maritimo Lib. II. cap. 8. §. 21. und *Pet. van der* SCHELLING in Diatr. de Lege Rhod. Cap. IX. §. V. nr. 4. pag 32.

chen rettete, Ansprüche auf Entschädigung [81]). Es müssen nun hiernächst I. alle contribuiren, denen daran gelegen war, daß der Seewurff geschahe [82]); also nicht nur diejenigen, deren Waaren und Sachen dadurch gerettet worden sind, der Schiffsherr, wie die Befrachter des Schiffes, sondern auch selbst die Eigenthümer der über Bord geworffenen Güter. Denn auch ihnen mußte ja an dem Seewurff gelegen seyn, weil sie sonst Alles verlohren hätten. Da sie nun durch die Contribution das verlohrne Gut wieder ersetzt bekommen, so können sie ja der Billigkeit nach nicht den ganzen Ersatz fordern, sondern sie müssen sich natürlich ihren Beytrag abrechnen lassen. Mit Recht sagt daher Voet [83]: Porro et ipse mercium iactarum dominus oneri contributionis exemtus non est, *quippe cui pro rata tanto minus tribuendum, quantum caeteris per contributionem decedit*, *vel abest*; adeoque si domini mercium salvatarum ex centum salvatis viginti quinque conferre teneantur, non amplius

81) S. SCHOTTEL cit. loc. §. 16. *I. H.* BOEHMER Diss. de discrim. tempest. marit. Cap. II. §. 24. SCHELLING cit. loc. §. V. nr. 4. pag. 31. und Thibaut Syst. §. 984

82) *L. 2. §. 2. D. h. t.* Placuit, omnes, *quorum interfuisset iacturam fieri*, conferre oportere, quia id tributum observatae res (nach Baudoza ob servatas res) deberent: itaque *dominum etiam navis* pro portione obligatum esse.

83 Comment. ad Pand. h. t. §. 11. Anderer Meinung ist zwar *Ant.* MATTHAEUS in Disputat. de Lege Rhodia Th. 16. Allein Voet a. a. O. hat die Gründe desselben geprüft, und hinlänglich widerlegt. Man sehe auch *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 2. §. 4. D. h. t. *van der* SCHELLING cit. Diatr. Cap. VIII. §. 2. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. LII. Th. 4.

plius quam ſeptuaginta quinque ex contributione conſequentur, quorum iactae merces aureis centum aeſtimatae ſunt; uti id evidentiſſime colligi poteſt ex iis, quae de mercibus per aquae aſperſionem occaſione iactus corruptis ac depretiatis *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* sancita ſunt. Sind Sachen durch den Seewurf zwar erhalten, aber doch durch das Beſpritzen von Seewaſſer beſchädigt worden, ſo kommt es darauf an, ob der Schaden den Werth ihres Beytrags überſteigt, oder nicht. Im erſten Falle dürfen die Eigenthümer derſelben nichts weiter contribuiren, wohl aber im letztern Fall, jedoch rechnen ſie den erlittenen Schaden ab. *L.* 4 § 2. *D. h. t.* ſagt hierüber folgendes: Cum autem iactus de nave factus eſt, et alicuius res, quae in navi remanſerunt, deteriores factae ſunt, videndum, an conferre cogendus ſit: quia non debet duplici damno onerari, et collationis, et quod res deteriores factae ſunt? Sed defendendum eſt, hunc conferre debere pretio praeſente rerum. Itaque verbi gratia ſi vicenum merces duorum fuerunt, et alterius aſpergine decem eſſe coeperunt, ille, cuius res integrae ſunt, pro viginti conferat, hic pro decem. Poteſt tamen dici etiam illa ſententia, diſtinguentibus nobis, deteriores ex qua cauſa factae ſunt: id eſt, utrum propter iacta nudatis rebus damnum ſecutum eſt, an vero alia ex cauſa, veluti quod alicubi jacebant merces in angulo aliquo, et unda penetravit; tunc enim conferre debebit. An ex priore cauſa collationis onus pati non debet, quia iactus etiam hunc laeſit. Adhuc numquid et ſi aſpergine propter iactum res deteriores factae ſunt. Sed diſtinctio ſubtilior admittenda eſt, quid plus ſit, in dam-

damno, an in collatione. Si verbi gratia hae res viginti fuerunt, et collatio quidem facit decem, damnum autem duo: deducto hoc, quod damnum passus est, reliquum conferre debeat. Quid ergo, si plus in damno erit, quam in collatione? Utputa decem aureis res deteriores factae sunt: duo autem collationis sunt? Indubitate utrumque onus pati non debet.

II. Alle Sachen, und zwar nicht nur die geretteten, welche nicht zur Consumtion bestimmt, sondern als Waare und Schiffsgut anzusehen sind, selbst das Schiff mit eingeschlossen, jedoch nach Abzug der Fracht [84]), sondern auch die durch den Seewurf verlohren gegangenen oder beschädigten Sachen müssen geschätzt, und darnach der Beytrag eines Jeden bestimmt werden. Paulus giebt die allgemeine Regel *L.* 2. §. 2. *D. h. t.* Iacturae summam pro rerum pretio distribui oportet. Es kommt daher auch nicht auf die Schwere der Waaren an, ob sie das Schiff mehr oder weniger belasten. Auch Ringe, Juwelen, Medaillen, und andere Pretiosen, welche das Schiff auch nicht im mindesten belasten, müssen daher so gut in Anschlag gebracht werden, als schwere Frachtgüter, wie Paulus an dem angeführten Orte ausdrücklich sagt.

III. Die über Bord geworffenen Güter werden in Gemäßheit des gemeinen Rechts [85]) nach dem Einkaufspreise,

84) *Van der* SCHELLING Diatr. de L. Rhod. Cap. X. §. 8. WEDDERKOPP Introduct. in ius nautic. Lib. IV. Tit. I. §. 32. Surlands Grundsätze des Europ. Seerechts §. 330. und Thibaut System 2. Th. §. 984.

85) Nach dem heutigen Seerechtsgebrauche unterscheidet man, ob der Seewurf geschahe, ehe noch die Hälfte der Seereise zurück-

preiſe, die durch den Seewurf geretteten, jedoch beſchädigten, nach ihrem gegenwärtigen Werthe, die unbeſchädigten aber, mit Inbegriff der Kleider, welche die Paſſagiers in Koffern und Kiſten bey ſich führen, nach dem Werthe berechnet, für welchen ſie verkauft werden können [86]. Merkwürdig ſind hier folgende Stellen. *L.* 2. §. 4. *D. h. t.* Portio autem pro aeſtimatione rerum, quae ſalvae ſunt, et earum, quae amiſſae ſunt, praeſtari ſolet. Nec ad rem pertinet, ſi hae, quae amiſſae ſunt, pluris veniri poterunt: *quoniam detrimenti, non lucri, fit praeſtatio.* Sed in his rebus, quarum nomine conferendum eſt, *aeſtimatio debet haberi, non quanti emtae ſint, ſed quanti venire poſſunt.* — *L.* 4 §. 2. *D. eodem.* Cum autem iactus de nave factus eſt, et alicuius res, quae in

rückgelegt war, oder erſt nachher. Nur in dem erſten Falle werden die verlohren gegangenen Sachen nach dem Einkaufspreiſe, in dem andern aber nach demjenigen Werthe geſchätzt, für welchen ſie an dem beſtimmten Orte hätten verkauft werden können. S. SCHOTTEL de ſing. et antiqu. in Germ. iurib. Cap. XXI. §. 11. STRYK Uſ. mod. Pand. h t. §. 6. *Van der* SCHELLING cit. Diatr. Cap. X §. 7. von Cancrin Abhandlungen vom Waſſerrechte 4. B. §. 109. S. 62.

86) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 7. et 8. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 15. rühmt zwar vorzüglich die aus dieſer Vorſchrift hervorleuchtende beſondere Weisheit und Billigkeit; allein dem berühmten *Ant.* SCHULTING in Theſ. controv. Dec. LII. Th. 8. hat ſie nicht einleuchten wollen. Soviel iſt gewiß, daß es h. z. T. an vielen Orten anders iſt. S. *I. H.* BOEHMERI Diſſ. de diſcrim. tempeſt. maritimae Cap. 2 §. 29. Im Zweifel geht es nach der Verordnung des gemeinen Rechts. S. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5.

in navi remanserunt, *deteriores factae sunt*, videndum an conferre cogendus sit? — Et defendendum est, hunc conferre debere *pretio praesente rerum*.

IV. Ist auf solche Art die Summe gefunden, so müssen beyde Theile sich einen verhältnißmäßigen Abzug gefallen lassen, und der Schaden wird nach einem geometrischen Verhältniß auf alle repartirt. Man nennt diese Berechnung die Dispachen- oder Haverey-Rechnung [87]).

§. 889.

Art der Klage.

So lebhaft auch die Römer von der Billigkeit der Entschädigung im Falle eines durch Sturm veranlaßten Seewurfs überzeugt waren, so kennt dennoch das röm. Recht keine Klage aus dem Rhodischen Gesetz, welche deshalb gegen die Eigenthümer der geretteten Güter angestellt werden könnte. Denn mit ihnen haben die Eigenthümer der verloren gegangenen Güter nicht contrahirt. Es war auch keine Aehnlichkeit mit irgend einem andern Geschäft vorhanden, woher man die Klageformel hätte entlehnen können. Nach der Subtilität des röm. Rechts müssen daher letztere in Gemäßheit des Ausspruchs der

87) Beyspiele von dieser Rechnung findet man in POLACK Mathes. for. pag. 64. seq. Joh. Ge. Estors Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses 3. Theil herausgegeben von Volrad Burchardi. Frankf. a. Main 1756. S. 43. ff. Man sehe auch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1997. Falsch rechnet hingegen VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 15. S. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 984. Not. b.

der *L.* 11. *D. de obligat. et act.* Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, gegen den Vorsteher des Schiffs, und zwar wenn sie ihm ihre Waaren als Schiffsladung zum Transport verdungen haben, mit der actio locati, haben sie aber blos einen Platz im Schiff gemiethet, mit der actio conducti, oder wenn beydes ungewiß ist, mit der actio in factum, s. praescriptis verbis dahin klagen, daß dieser ihnen von den Eigenthümern der geretteten Sachen Entschädigung verschaffe. Der magister navis kann dann nach dem angegebenen Unterschied der Fälle gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen bald mit der actio conducti, bald locati, bald mit der actio praescriptis verbis auf ihren Beytrag zur allgemeinen Ausgleichung klagen. Haben diese ihm Waaren, als Schiffsladung, zum Transport verdungen, so kann er diese Güter auch zurückhalten, bis er den schuldigen Beytrag von ihnen erhalten hat. Dieses Retentionsrecht schließt aber die actio conducti von Seiten des magister navis eben so wenig aus, als die persönliche Klage deswegen gegen einen Schuldner ausgeschlossen wird, wenn der Gläubiger ein Pfand von ihm in Händen hat. Nur dann ist freylich kein Retentionsrecht denkbar, wenn Passagiere blos einen Platz im Schiff gemiethet haben, und diese Sachen bey sich führen, die zwar der Contribution unterworffen sind, aber keine Schiffsladung ausmachen, wie z. B. Perlen, Juwelen, Ringe u. dgl. Kostbarkeiten, welche das Schiff nicht belasten. Gegen diese kann der magister navis blos mit der actio locati auf ihren Beytrag klagen. So erklären sich dann ganz natürlich und ohne alle Emendation

nach

nach **Balduin** [88]) folgende Gesetzstellen. *L. 2. pr. D. h. t.* [89]). *S*i laborante nave jactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, *ex locato* cum magistro navis agere debent; is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, *ex conducto*, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. SERVIUS quidem respondit, ex locato agere (sc. dominos) cum magistro navis debere, ut caeterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. Immo, *etsi retineat* [90]) *merces* magister, *ultro*

88) Commentar. ad Leg. Rhodiam, inter EIUS Commentarios ad Leges de iure civili pag. 142. sqq. edit. *Gundlingian.*

89) Diese Stelle ist aus PAULI *libro 34. ad Edictum* genommen, in welchem Buche dieser Röm. Jurist über das Edict de locato et conducto commentirt hat, wie aus *L. 1. 20. 22. et 24. D. locati* erhellet. Da nun die actiones locati und conducti auf die Lex Rhodia angewendet wurden, so erklärt sich hieraus, warum die Röm. Juristen bey diesen Klagen von der Lex Rhodia gehandelt haben.

90) *Etsi retineat* lieset die Florentinische Handschrift. Gleichwohl halten viele diese Leseart für unrichtig, und emendiren: *etsi non retineat.* So lesen auch wirklich einige codices vulgati; z. B. unser Erlanger Codex; und diese Leseart billigen Haloander in seiner Ausgabe der Pandecten, und schon längst vor ihm auch Hugo a Porta, unter den Auslegern aber vorzüglich Franz Duaren in Comm. ad h. Tit. cap. 2. *Oper.* pag. 971. Ant. Schulting Thes. controv. Dec. LII. Th. 3. Pothier in Pand. Iustinian. h. t. Nr. IX. not. b. Vinnius ad Peckii Comment. ad rem nautic. in L. 2. h. t. *Van der* SCHELLING in Diatr. de Lege Rhodia Cap. XIII. §. 3. und and. m. Allein mit Recht verwerffen diese Emendation Cujaz Observation. Lib. III. cap. 2. Gerh. Noodt Commentar. ad Dig. h. t. pag.

ultro [91]) ex locato habiturus est actionem cum vectoribus: quid enim si vectores sint, qui nullas *sarcinas*

pag. 332. Siegm. Reich. Jauch Meditat. crit. de negationib. Pandect. Florent. Cap. V. nr. 6. pag. 61. besonders aber Balduin c. l. und Petr. Duirsema Conjectural. iuris civ. Lib. I. cap. 6. pag. 104. sq.

91) Ueber die Bedeutung des Worts *ultro* sind hier auch die Ausleger nicht einig. Diejenigen, welche *non retineat* lesen wollen, suchen, dieser Emendation gemäß, dem Worte eine solche Bedeutung beyzulegen, daß es soviel heissen soll, als wenn etwas sine facto aliquo adventitio geschieht. Hier heiße es also soviel, als *etiam sine retentione.* S. RICHTER Tract. de significat. adverbiorum voc. *Ultro.* und KIRCHMAIER Opuscula de Latinitate Digestor. et Institut. Opusc. II. voc. *Ultro* pag. 63. edit. *Halens.* 1772. 8. Hingegen Cujaz a. a. O. erklärt es durch *prius*, und legt also folgenden Sinn in die Stelle: wenn gleich der magister navis die Sachen der Befrachter des Schiffs zurückhalte, so könne er dennoch sogleich, und ohne abzuwarten, bis sie noch das Ihrige zurückgefordert hätten, ex locato klagen, besonders gegen diejenigen, welche zwar Sachen bey sich hätten, von denen sie ihren Beytrag zur Entschädigung der übrigen geben müssen, übrigens aber doch das Schiff mit keiner Ladung befrachtet hätten. Dieser Erklärung stimmen auch Balduin a. a. O. S. 146. Noodt a. a. O. und *Barn.* BRISSONIUS de Verbor. Significat. voc. *Ultro* bey. Allein richtiger erklärt es Duirsema a. a. O. §. 3. S. 104. durch *insuper*, *adhuc*, *amplius.* Paulus berichtiget nämlich hier die Meinung des Servius, welcher behauptete, die Eigenthümer der verlohren gegangenen Güter könnten nur ex locato gegen den magister navis dahin klagen, daß er die Waaren der übrigen Befrachter so lange zurückhalte, bis sie ihren Beytrag zur Entschädigung gegeben hätten. Allein Paulus zeigt vielmehr, daß der magister navis, wenn er auch die Waaren zurückhält, doch überdem noch klagen könne, weil ja Passagiere auf dem Schiffe sich

nas[92]) habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas. *At si non*[93]), [*et*] *totam navem conduxerit, ex conducto* aget:

sich befinden können, gegen die kein Retentionsrecht statt findet, welche also der magister ex locato belangen müsse. Das Wort *ultro* kommt auch in dieser Bedeutung sowohl bey den Klassikern, als den Röm. Juristen öfters vor. S. VIRGILIUS *Lib. II. Aeneid.* v. 145. *L. 25. D. de liberat. leg.* verglichen mit *L. 3. §. 3. D. eodem.* S. HORAT. TURSELLINUS de particulis linguae latinae. h. v.

92) *Sarcinae* sind hier Waaren, welche das Schiff belasten. S. CUJACIUS Observat. lib. III. c. 2.

93) Die Worte: *At si non* [et] *totam navem conduxerit*, haben den Auslegern ebenfalls viele Schwierigkeiten verursacht. Die Leseart in den Handschriften ist nämlich hier sehr verschieden. Selbst die Florentinische ist hier nicht richtig dargestellt. Denn in dieser fehlt das ET, welches Taurell eingeschaltet haben soll. Daher ist es in Klammern eingeschlossen. Andere Handschriften haben dieses ET gar nicht. Brenkmann bemerkt in der Gebauerschen Ausgabe, daß sieben Handschriften, welche er verglichen, das ET nicht hätten. Sodann haben mehrere Handschriften statt *conduxerit, ex conducto aget*, den Pluralis, und lesen mit Hinweglassung des ET auf folgende Art; *at si non totam navem conduxerint, ex conducto agent*, wie ebenfalls Brenkmann bemerkt. Auf diese Art emendirte auch Cujaz Observat. Lib. III. c. 2. den florentinischen Text, und erklärt nun die Worte in Verbindung mit den Anfangsworten dieser Stelle von dem zweyten Falle, da nämlich die Eigenthümer der verloren gegangenen Sachen ihre Waaren nicht als Schiffsladung zum Transport verdungen, sondern blos das Schiff gemiethet haben. Hier könnten sie nur ex conducto gegen den magister navis klagen, wenn sie nicht das ganze Schiff, sondern blos einen Platz in demselben gemiethet haben. Denn hätten sie das ganze Schiff gemiethet, so fiele die Klage gegen den

aget: sicut vectores, qui loca in navem [94]) conduxerunt. — *L. 1. §. 1. D. de praescript. verbis.* Domino mer-

den magister navis ganz weg, und sie würden nun selbst, wenn sie die Schiffsladung von den übrigen in Empfang genommen hätten, auch von diesen belangt werden können, sofern letztere durch Seewurf einen Schaden erlitten haben. Dieser Cujazianischen Erklärung geben auch Noodt in Comm. ad Dig. h. t. in fin. pag. 333. Duirsema a. a. O. §. 4. S. 109. und Pothier in Pand. Iustin. h. t. Nr. IX. not e. ihren Beyfall. Haloander hingegen lieset, und interpungirt die streitigen Worte auf folgende Art: *at si non: et totam navem conduxerit: ex conducto aget:* Nach dieser Leseart bezögen sich also die Worte nicht, wie Cujaz will, auf den Fall, welcher dem in den Anfangsworten angeführten gegenüber steht; sondern vielmehr auf das unmittelbar Vorhergehende, nämlich wenn keine Waaren auf dem Schiff vorhanden sind, woran der magister ein Retentionsrecht ausüben kann. Diese Erklärung hält Franz Balduin in Comment. de Lege Rhodia pag. 148. für die richtigste. Der Sinn geht also nach dieser Emendation dahin: Wenn keine Frachtgüter vorhanden sind, welche retinirt werden können; so kann derjenige, welcher das ganze Schiff gemiethet hat, im Falle eines durch Seewurf erlittenen Schadens, ex conducto auf Entschädigungsbeytrag gegen diejenigen selbst klagen, welchen diese Verbindlichkeit obliegt; so wie die Passagiere, welche nicht das ganze Schiff, sondern nur einen Platz in demselben gemiethet haben, ex conducto gegen den Vorsteher des Schiffs klagen müssen, wenn sie wegen des erlittenen Seewurfs Entschädigung verlangen. Denn derjenige, welcher das ganze Schiff gemiethet hat, ist nun selbst als Vorsteher des Schiffs anzusehen. Nur er, sonst kein Anderer, kann daher die Eigenthümer der geretteten Sachen belangen, daß sie ihren Beytrag thun, weil sie mit keinem Andern, als mit ihm selbst, contrahirt haben. Hat hingegen ein Passagier, dessen Waaren über Bord geworffen worden sind, nur einen Platz in dem Schiff gemiethet, so klagt er ex conducto gegen den magister navis, daß dieser ihm von den Eigenthümern der geretteten Sachen Entschädigung verschaffe, welcher sich dann der actio locati gegen die letztern bedient. Noch ist eine dritte Leseart zu bemerken, welche Baudoza hat, die so lautet: *aut si non: si totam navem conduxerant, ex conducto agent.* Mit dieser stimmt auch unser Erlanger Codex fast überein, nur daß hier nach den Worten: *aut si non* noch *sint* steht.

94) *In navem* lieset die Florentine. Alle andere Ausgaben haben in nave, und diese letztere Leseart billiget auch Brenkman. Der

mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, *civilem actionem in factum* esse dandam, LABEO scribit. Eine gesetzliche Hypothek haftet jedoch wegen der Entschädigung nicht auf den geretteten Sachen, weshalb eine Realklage gegen den dritten Besitzer derselben angestellt werden könnte [95]). Ist der magister navis bereit, seine Klage gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen den Eigenthümern der verlohren gegangenen Sachen zu cediren, so kann er sich dadurch von allen weitern Ansprüchen der letztern frey machen [96]), denn für die Zahlungsfähigkeit der Passagiers darf er ja ohnehin nicht haften [7]). Allein nach dem heutigen Recht gestattet man, ohne jenen Umweg, den die Eigenthümer der verlohrnen Güter nach dem röm. Rechte nehmen musten, eine *condictio ex Lege Rhodia* gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen auf verhältnißmäßige Entschädigung [98]). Der Mangel einer Klageformel, welcher nach dem röm. Rechte jenen Umweg veranläßte, kann uns heut zu Tage nicht mehr in Verlegenheit setzen, weil es nach den Vorschriften des kanonischen Rechts [99]) nur

Der Accusativ statt des Ablativs ist indessen auch bey den Klassikern nichts Seltenes. S. DUCKER Opusc. de Latinitate ICtor. vet. pag. 350.

95) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. Anderer Meinung sind zwar WISSENBACH Exercitat. ad Pand Disp. XXVIII. §. 8. und *van der* SCHELLING cit. Diatr. Cap. XIII. §. 2. in fin. Allein man sehe *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. LII. Th. 9. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

96) Arg. *L. 51. D. de peculio in fin* VOET c. l. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. c. l. Th. 2. LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 10. in fin.

97) *L. 2. §. 6. D. h. t.*

98) S. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVI. §. 25. *I. H.* BOEHMER Doctr. de actionib. Sect II. cap. 8. §. 112. Joh. Ludw. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1433. Man sehe jedoch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 7. not. m.

99) *Cap. 6. X. de iudic.*

nur darauf ankommen soll, ob in dem vorkommenden Falle überhaupt ein Klagerecht begründet sey [100]). Daher wird auch eine bloße Imploration des richterlichen Amts schon für hinreichend gehalten [1]). Dem allen ungeachtet bleibt doch auf jeden Fall der magister navis für die Waaren auf dem Schiffe verantwortlich, und darf sie daher nicht eher verabfolgen lassen, als bis die Haverenfälle berichtiget sind, sonst muß er den Eigenthümern der verlohren gegangenen Sachen für den Schaden stehen. Es hat in dieser Hinsicht auch keinen Zweifel, daß die geretteten Schiffsgüter mit Arrest belegt werden können [2]).

§. 890.
Heutige Ausdehnung des Rhodischen Gesetzes auf Feuersbrünste und Kriegsschäden.

Man wendet heut zu Tage die Grundsätze des Rhodischen Gesetzes analogisch noch auf manche andere Fälle an, wo ein Bürger durch Aufopferung des Seinigen eine mehreren zugleich drohende Gefahr abgewendet hat [3]). Am gewöhnlichsten ist es, die Vorschriften jenes Gesetzes auf Kriegsschäden [4]) und Feuersbrünste [5]), wenn nämlich,

100) S. Claproths Einleitung in den ord. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 1. Not. b. und SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 6.

1) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 8.

2) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 7. und WERNHER. lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 7. et 8. pag. 553.

3) S. LAUTERBACH Diss. de aequitate et extensione Legis Rhodiae. *Tübingae* 1671. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 12. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLX. med. 3.

4) S. Struben rechtl. Bedenken. 1. Th. Bed. 45. und 3. Th. Bed. 21. Pütters auserlesene Rechtsfälle 2. B. 4. Th. Resp. 241. Carl Gottfr. von Winkler Abh. von Kriegsschäden der Pächter und Mietbleute. 2. Abschn. 9. Hauptst. Nr. 6. ff. S. 499. ff. *Frid.* PLATNER Pr. super usu legis Rhodiae de iactu in bello terrestri. *Lipsiae* 1762. u. a. m.

5) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. *van der* SCHELLING cit. Diatr. Cap. XIV. §. 2. sqq. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 7. et 8. pag. 553. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. III. §. 1999.

lich, um die Ausbreitung der Flamme zu hemmen, gewisse Gebäude niedergerissen werden, auszudehnen. Allein daß in diesen Fällen weder eine Gleichheit des Grundes anzutreffen sey, noch auch der Maasstab, welchen die Lex Rhodia annimmt, in denselben zum Muster genommen werden könne, ist schon von ältern und neuern Rechtsgelehrten ganz klar erwiesen worden [6]). Man hat nun richtigere Grundsätze aufgestellt, welche uns der Nothwendigkeit überheben, die Gründe der Entscheidung in solchen Fällen aus der Vorschrift des Rhodischen Gesetzes zu erborgen [7]). Ueberhaupt darf man, wenn man hier nicht willkührlich verfahren will, nie über das Princip hinausgehen, wer durch Aufopferung des Seinigen wirklich einen auszumittelnden Schaden von Andern abgewandt hat, kann insofern, als er dem Andern nützte, Entschädigung verlangen. Der Umstand allein, daß ihm ein Unglück traf, welches auch einen Andern hätte treffen können, ist unläugbar noch nicht hinreichend, die Entschädigungsklage zu begründen [8]).

6) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 18. *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquiliam. Lib I. cap. 2. Sect 6 nr. 22. sqq. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficil. Exercit. XII. Th. 21. p. 306. sq. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu 9. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts §. 18. S. 81. f. Weber über die Repartition der Kriegsschäden. Würzburg 1798 §. 10. ff. und eines Ungenannten Abh. über den neuesten Standpunct und das Princip der jurid. Lehre vom Ersatz der Kriegsschäden. 1806. S. 18. ff.

7) Ausser den in der vorigen Note bereits angeführten beyden Schriften Webers und des Ungenannten sind noch zu bemerken Franz Jos Bodmanns Erörterung der Grundsätze, wornach die Kriegsschäden jeder Art festzustellen, zu erstatten, und zu peräquiren sind. Frankf. a. Main 1798. 8. Haus über Ersatz und Vertheilung der Kriegsschäden. Nürnberg 1801. und Hatzfeld Prüfung der Grundsätze, welche über Peräquation der Kriegslasten bisher sind aufgestellt worden. Frankf. a. M. 1801. 8.

8) S. Thibaut Syst. des P. R. 2. Th. §. 985.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843 / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 14,1

Erlangen 1813

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(14#1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439045-8
VD18 10657126-002